

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Валентина В. Цветковић-Ђорђевић

**КОНДИКЦИЈА И ПРАВНО
НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ**

докторска дисертација

Београд, 2015

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Valentina V. Cvetković-Đorđević

***CONDICTION AND UNJUST
ENRICHMENT***

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2015

МЕНТОР

проф. Др Жика Бујуклић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ

проф. др Антун Маленица

емеритус професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

проф. др Марко Петрак

редовни професор Правног факултета Универзитета у Загребу

проф. др Милена Полојац

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

проф. др Марко Ђурђевић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Мом оцу Верољубу за уливену веру у истину и правду

КОНДИКЦИЈА И ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ

Резиме:

Предмет рада представља утврђивање односа два института - кондикције и правно неоснованог обogaћења. Иако су настали у различитим периодима (кондикција је настала у антици док је правно неосновано обogaћење као посебан правни институт настао у XIX веку) оба института представљају правно уобличавање и конкретизацију исте идеје која се састоји у забрани неоснованог стицања на туђ рачун коју је формулисао римски правник Помпоније (D.12.6.14: *Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem* – По природи, правично је да се нико не обогати на штету другог).

Поред кондикције, велики утицај на стварање савременог института правно неоснованог обogaћења имала је и верзиона тужба (*actio de in rem verso*) чији битан елемент представља остварена корист на туђ рачун. У оној мери у којој је то потребно за расветљавање института правно неоснованог обogaћења, наше истраживање усмерено је и на утврђивање утицаја који је верзиона тужба имала на његов настанак.

Развој правних установа одвија се не само кроз практичну примену већ и кроз узимање у обзир упоредноправних решења. Отуда је део рада посвећен иностраним прописима у материји правно неоснованог обogaћења (француском, италијанском, аустријском, немачком и англосаксонском праву). С обзиром да Закон о облигационим односима у чл. 210-219 прописује институт правно неоснованог обogaћења под називом „стицање без основа“, наше истраживање усмерено је и на анализу домаћих решења и њихове примене у судској пракси.

Циљ рада представља установљење сличности и разлика између кондикционе и одговорности за обogaћење. Одговор на ово питање може бити полазиште будућих разматрања на који начин треба уредити материју правно неоснованог обogaћења у српском праву како би се у пракси санкционисао што већи број случајева неоснованог стицања на туђ рачун.

Примењени методи су: историјскоправни, социолошки, нормативни и упоредноправни.

Основни закључци до којих се у раду долази своде се на следеће:

Кондикција и правно неосновано обогаћење представљају сродне установе чији заједнички елемент представља санкционисање правно неоснованог стицања на туђ рачун. Поред сличности, између кондикције и правно неоснованог обогаћења постоје разлике које налажу њихово самостално правно постојање.

Кондикција служи за повраћај ствари која се код туженог налази без правног основа (*sine causa*). Тужени је, по правилу, ствар стекао на основу чинидбе тужиоца којом му је она неосновано предата. На основу кондикције тужени одговара за примљену ствар при чему се обим његове одговорности утврђује према тренутку стицања а не према тренутку покретања поступка. Тужени се обавезује да врати оно што је примио а не оно што од примљеног у тренутку утужења поседује. За разлику од римске кондикционе одговорности, у савременом праву обогаћени одговара за имовинску корист коју је неосновано стекао на било који начин при чему се обавезује да изврши повраћај у обиму који поседује у тренутку утужења.

Кључне речи: *condictio* - правно неосновано обогаћење – *causa* - *actio de in rem verso*.

Научна област: Правне науке

Ужа научна област: Римско право

УДК: 347.23(37)

CONDICTION AND UNJUST ENRICHMENT

Summary:

The thesis aims at determining the relationship between two civil law institutes – Condictio and Unjust Enrichment. The understanding of this relation is not only important from the legal history point of view, but also as a starting point for further research and regulation of the institute in contemporary Serbian law.

Although emerged in different periods (Condictio emerged in antiquity, while the Unjust Enrichment emerged in the nineteenth century), both institutes represent juristic expression and formulation of the same idea – prohibition of ungrounded enrichment on detriment of another that has been formulated by the Roman jurist Pomponius (D.12.6.14: *Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem* – *According to the laws of nature, it is just that no one should be enriched by the detriment of another*).

Along with Condictio, the emergence of the contemporary institute of Unjust Enrichment was greatly influenced by Action De In Rem Verso, the important element of which is enrichment gained on the detriment of another. Where necessary for better understanding of Unjust Enrichment, the research has been focused also on the determination of influences that Action De In Rem Verso had to the emergence of Unjust Enrichment.

Legal institutes develop not only through application, but also take into account the comparative legal experience. Hence, part of the thesis is dedicated to cross border regulations of the matter (French, Italian, Austrian, German and Anglo-Saxon law). Taking into account that Law on Contracts and Torts prescribes unjust enrichment in Articles 210 to 219, our research is also focused on domestic regulations and their application in court practice.

The following methods have been applied: historical, sociological, normative and comparative.

After research and analysis, the following conclusions have been made:

Condictio and Unjust Enrichment are similar legal institutes which both aim at sanctioning unjust enrichment on the detriment of other. Despite similarities, Condictio and Unjust Enrichment have differences that justify their existence as separate institutes.

Condictio is primarily used for the recovery of possession of a thing held by defendant without valid legal grounds (*sine causa*). Defendant usually acquires the thing from the claimant's performance which is legally ungrounded. Defendant is liable for the provided thing and the scope of his/her liability is assessed as of the moment of acquisition, and not the moment the recovery proceeding is initiated. Defendant is obligated to return what he/she has acquired and not what is still in his/her possession at the moment of claim. Unlike Roman Condictio, in contemporary law, defendant is liable for any profit acquired without valid legal grounds and is obligated to return the amount he/she possesses at the moment of filing the recovery claim.

Key words: *condictio- unjust enrichment – causa- actio de in rem verso.*

Scientific area: Legal Sciences

Specific scientific area: Roman Law

UDC: 347.23(37)

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
СТРУКТУРА РАДА.....	2
ПОЛАЗНЕ ХИПОТЕЗЕ	2
МЕТОДИ.....	5
<i>ПРВИ ДЕО: ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ – ОПШТИ ПОГЛЕД.....</i>	<i>6</i>
1.1. НАЧИНИ УРЕЂЕЊА ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА	7
1.2. ПРВЕ КОДИФИКАЦИЈЕ КОЈИМА СЕ УВОДИ ИНСТИТУТ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА.....	8
1.3. ПОЈАМ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА	10
1.3.1. Економски елементи.....	11
1.3.1.1. Обогаћење.....	11
1.3.1.1.1. Економска корист као предмет обогаћења	12
1.3.1.1.2. Објективно и субјективно обогаћење.....	14
1.3.1.2. Осиромашење	15
1.3.1.3. Корелација између обогаћења и осиромашења.....	16
1.3.2. Правни елемент – непостојање правног основа.....	19
1.3.2.1. Постојање законског основа	20
1.3.2.2. Постојање уговорног основа.....	21
1.3.2.3. Забрана реституције у случају извршења природне обавезе или моралне или друштвене дужности.....	22
1.3.2.4. Забрана реституције због начела <i>volenti non fit iniuria</i>	24
1.4. ОДНОС ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА И ПРОУЗРОКОВАЊА ШТЕТЕ	25

1.5. ФУНКЦИЈА ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА	27
1.6. ВРСТЕ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА	30
1.6.1. Обогаћење настало чинидбом осиромашеног лица.....	30
1.6.2. Обогаћење настало радњом обogaћеног лица.....	35
1.7. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ	37
1.8. ПРАВНА СРЕДСТВА ЗА СПРЕЧАВАЊЕ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА	38
<i>ДРУГИ ДЕО: КОНДИКЦИЈА У РИМСКОМ ПРАВУ</i>	43
2.1. НАСТАНАК КОНДИКЦИЈЕ	44
2.2. ДЕЛИКТНО ПОРЕКЛО КОНДИКЦИЈЕ.....	44
2.3. ОСНОВНА РАЗДОБЉА ИСТОРИЈСКОГ РАЗВОЈА КОНДИКЦИЈЕ У АНТИЦИ	49
2.3.1. ЛЕГИСАКЦИОНИ ПОСТУПАК <i>PER CONDICTIONEM</i>	49
2.3.2. ФОРМУЛАРНА КОНДИКЦИЈА.....	59
2.3.2.1. Факултативан формуларни поступак.....	60
2.3.2.2. Обавезан формуларни поступак	64
2.3.3. КОНДИКЦИЈЕ ЈУСТИНИЈАНОВОГ ПРАВА	65
<i>ТРЕЋИ ДЕО: КОНДИКЦИЈА И CAUSA</i>	68
3.1. ПРЕТПОСТАВКЕ ПРИМЕНЕ КОНДИКЦИЈЕ – ОПШТИ ПОГЛЕД.....	69
3.2. ПРАВНИ ПОЈАМ КАУЗЕ.....	75
3.3. КАУЗА У РИМСКОМ ПРАВУ	83
3.3.1. РАЗЛОГ КОНТРАКТНЕ ОБАВЕЗЕ У РИМСКОМ ПРАВУ	84

3.3.2. ЗНАЧЕЊЕ ТЕРМИНА <i>CAUSA</i> У РИМСКОМ ПРАВУ	88
3.3.2.1. Кауза као правни основ стицања стварног права (<i>causa adquirendi</i>).....	88
3.3.2.2. Кауза као разлог склапања правног посла (<i>causa negotionis</i>) 89	
3.3.2.3. Кауза као извор облигације (<i>causa obligationis</i>).....	95
3.4. КОНДИКЦИЈА КАО СРЕДСТВО ИСПРАВЉАЊА СТИЦАЊА <i>SINE CAUSA</i>	96
3.5. <i>CONDICTIO INDEBITI</i>	103
3.5.1. ИСПЛАТА СА ЦИЉЕМ ГАШЕЊА ОБАВЕЗЕ (<i>SOLUTIO</i>) КАО ПРЕТПОСТАВКА КОНДИКЦИЈЕ <i>INDEBITI</i>	105
3.5.2. ЗАБЛУДА (<i>ERROR</i>) КАО ПРЕТПОСТАВКА КОНДИКЦИЈЕ <i>INDEBITI</i>	108
3.5.2.1. Заблуда о могућности улагања трајног приговора.....	111
3.5.3. НЕОСНОВАНОСТ ИСПЛАТЕ (<i>SINE CAUSA</i>)	114
3.5.3.1. Искључење примене кондикције <i>indebiti</i>	117
3.6. <i>CONDICTIO OB REM (CONDICTIO CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA)</i>	119
3.6.1. <i>DARE OB REM</i> У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ	121
3.6.2. <i>DARE OB CAUSAM</i> У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ	124
3.6.3. ПОСТКЛАСИЧНО И ЈУСТИНИЈАНОВО ЗНАЧЕЊЕ ИЗРАЗА <i>DARE OB CAUSAM</i>	125
3.6.4. ЈУСТИНИЈАНОВА <i>CONDICTIO CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA</i>	127
3.6.4.1. <i>Datio ob transactionem</i>	127
3.6.4.2. <i>Datio propter conditionem</i>	132
3.6.4.3. <i>Donatio mortis causa</i>	137

3.6.5. <i>CONDICTIO OB REM</i> И <i>ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS</i>	138
3.7. <i>CONDICTIO OB TURPEM VEL INIUSTAM CAUSAM</i>	140
3.7.1. <i>CONDICTIO OB INIUSTAM CAUSAM</i>	147
3.8. <i>CONDICTIO SINE CAUSA</i>	155
3.8.1. КЛАСИЧНО ПРАВО	155
3.8.2. ЈУСТИНИЈАНОВО ПРАВО	158
3.8.2.1 Тумачење кондикције <i>sine causa</i> као опште тужбе из неоснованог обогаћења у делима глосатора и постглосатора	159
3.9. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ У КОНДИКЦИОНОМ ПРАВУ	162
ЧЕТВРТИ ДЕО: ВЕРЗИОНА ОДГОВОРНОСТ	174
4.1. <i>ACTIO DE IN REM VERSO</i> У РИМСКОМ ПРАВУ	175
4.2. КОРИСТ (<i>VERSUM</i>)	181
4.2.1. <i>VERSUM</i> У ВИДУ СТИЦАЊА НЕОПХОДНИХ СТВАРИ	183
4.2.2. <i>VERSUM</i> У ВИДУ СТИЦАЊА СТВАРИ КОЈЕ НИСУ НЕОПХОДНЕ	185
4.2.3. <i>VERSUM</i> У ОБЛИКУ ДАВАЊА МИРАЗА	186
4.3. СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ВЕРЗИОНЕ И ОДГОВОРНОСТИ ИЗ ОБОГАЋЕЊА	187
4.4. ВЕРЗИОНА ТУЖБА ОД ПОЗНОРИМСКОГ ДО САВРЕМЕНОГ ПРАВА	191
4.4.1. ВЕРЗИОНА ТУЖБА У ОПШТЕМ ПРАВУ (<i>IUS COMMUNE</i>)	192
4.4.2. ВЕРЗИОНА ТУЖБА У ПРУСКОМ И АУСТРИЈСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ	194

4.4.3. НЕПОСТОЈАЊЕ ВЕРЗИОНЕ ТУЖБЕ У НЕМАЧКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКониКУ	197
4.4.4. ВЕРЗИОНА ТУЖБА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ	198
<i>ПЕТИ ДЕО: ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ</i> 201	
5.1. ОСНОВНИ МОДЕЛИ РЕГУЛИСАЊА ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА	202
5.2 ФРАНЦУСКО ПРАВО	203
5.2.1. ИСПЛАТА НЕДУГОВАНОГ	204
5.2.1.1. Претпоставке настанка исплате недугованог	204
5.2.2. ОБОГАЋЕЊЕ БЕЗ ОСНОВА (<i>L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE</i>)	210
5.3. ИТАЛИЈАНСКО ПРАВО	215
5.3.1. ИСПЛАТА НЕДУГОВАНОГ (<i>PAGAMENTO DELL' INDEBITO</i>).....	216
5.3.2. ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ (<i>ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA</i>)	218
5.4. АУСТРИЈСКО ПРАВО.....	221
5.4.1. ОБОГАЋЕЊЕ НАСТАЛО ЧИНИДБОМ ОСИРОМАШЕНОГ ЛИЦА – КОНДИКЦИОНА ОДГОВОРНОСТ	221
5.4.2. УПОТРЕБА СТВАРИ У ТУЋУ КОРИСТ (ВЕРЗИОНА ОДГОВОРНОСТ)	224
5.5 НЕМАЧКО ПРАВО	229
5.5.1. РАЗЛИЧИТИ МОДЕЛИ РЕСТИТУЦИЈЕ	230
5.5.2. НЕПРАВЕДНО ОБОГАЋЕЊЕ (<i>UNGERECHTFERTIGTE BEREICHERUNG</i>).....	232
5.5.2.1. <i>Leistungskondiktion</i>	232
5.5.2.2. Реституција обogaћења насталог „на други начин” (<i>in sonstiger Weise</i>).....	234

5.5.2.2.1. Eingriffskondiktion	234
5.5.2.2.1.1. Располагање туђом ствари	237
5.5.2.2.1.2. <i>Durchgriffskondiktion</i>	238
5.5.2.2.2. Verwendungskondiktion	239
5.5.2.2.3. Rückgriffskondiktion.....	241
5.6. АНГЛОСАКСОНСКО ПРАВО.....	244
5.6.1. ОДНОС ПРАВА РЕСТИТУЦИЈЕ И НЕПРАВЕДНОГ ОБОГАЂЕЊА	245
5.6.2. ИСТОРИЈСКИ ПУТ ПРИЗНАЊА НЕПРАВЕДНОГ ОБОГАЂЕЊА КАО САМОСТАЛНОГ ИЗВОРА ОБЛИГАЦИЈА	247
5.6.3. РЕСТИТУТОРНА СРЕДСТВА.....	253
5.6.4. ПРЕТПОСТАВКЕ ПРИМЕНЕ СРЕДСТАВА ЗА СПРЕЧАВАЊЕ НЕПРАВЕДНОГ ОБОГАЂЕЊА.....	256
<i>ШЕСТИ ДЕО: ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЂЕЊЕ У СРПСКОМ ПРАВУ</i>	<i>263</i>
6.1. Српски грађански законик из 1844. године.....	264
6.2. Скица за законик о облигацијама и уговорима.....	266
6.2.1. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ ПО СКИЦИ	272
6.3. ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА	273
6.3.1. ИСПЛАТА НЕДУГОВАНОГ.....	275
6.3.2. ВЕРЗИОНА ТУЖБА.....	280
6.3.2.1. Употреба ствари у своју корист.....	282
6.3.2.2. Издатак за другог	283
6.3.3. РЕСТИТУЦИЈА КАО САНКЦИЈА ЗБОГ СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА	285
6.3.4. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ.....	288
6.3.4.1. Повраћај плодова	292

ЗАКЉУЧАК.....	295
АНТИЧКИ ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА.....	304
САВРЕМЕНИ ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА.....	310
БИОГРАФИЈА АУТОРА.....	318
ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ.....	321
ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА.....	322
ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ.....	323

УВОД

„По природи, правично је да се нико не обогати на штету другог.“¹ То начело, које се налази у Јустинијановим Дигестама и приписује Помпонију, представља окосницу феномена неоснованог обогаћења. Будући да тај феномен садржи моралну категорију као што је правичност, био је предмет интересовања не само правника већ и филозофа. Потреба за спречавањем неоснованог обогаћења постојала је од давнина, због чега су настајали и развијали се многи правни институти који су данас саставни део не само облигационог већ и других грана права. Међутим, као посебан правни институт правно неосновано обогаћење санкционисано је у другој половини XIX века у Швајцарској и Немачкој. Том установом се жели постићи спречавање обогаћења једне стране на рачун друге у ситуацији када је оно правно неоправдано. Питање на које треба одговорити јесте због чега се ствара интегрални институт правно неоснованог обогаћења. Другим речима, због чега друга правна средства, попут кондикције, верзионе тужбе, тужбе из пословодства без налога, која су постојала вековима, нису могла да задовоље потребу санкционисања правно неоснованог обогаћења? Да би се одговорило на то питање, најпре треба одредити битне елементе савременог института правно неоснованог обогаћења. Потреба спречавања правно неоснованог обогаћења постоји онолико дуго колико и потреба правног уређења међуљудских односа. Због тога би проучавање облика правно неоснованог обогаћења претпостављало анализу свих правних института који постоје са циљем да непосредно или посредно спречавају правно неосновано обогаћење. Будући да је далеки повод свих установа грађанског права уређење међуљудских односа по начелу комутативне правде чије наличје није ништа друго него спречавање неправедног обогаћења, једно такво истраживање изједначило би се са анализом свих института грађанског права. Разуме се да би такав научни подухват пре одговарао делу енциклопедијског карактера него циљу докторске

¹ *Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem* – D.12.6.14. Исто начело у нешто другачијој формулацији које се такође приписује Помпонију налази се у D.50.17.206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*.

дисертације. Отуда је предмет нашег интересовања утврђивање како се идеја правно неоснованог обogaћења развијала кроз кондикцију као правно средство усмерено на повраћај датог, односно како је у кондикцији као правном средству насталом у римском праву сазрела идеја о правно неоснованом обogaћењу и у којој мери и на који начин је она утицала на стварање института правно неоснованог обogaћења који је данас прописан у многим правима. О томе колико је то значајан институт, говори и то да је Група истакнутих правника, ради унификације права држава чланица Европске уније (ЕУ) поводом могућности доношења Европског грађанског законика, предложила Принципе европског права правно неоснованог обogaћења (*Principles of European Law on Unjustified Enrichment*).

СТРУКТУРА РАДА

У првом делу се разматра појам правно неоснованог обogaћења, његови битни елементи и обим одговорности који се предвиђа. У другом делу се даје осврт на развој кондикције у римском праву. Како је једна од претпоставки примене кондикције непостојање каузе (*causa*), у трећем делу се најпре утврђује значење тог појма у кондикционом праву, а потом се анализирају најважније врсте кондикција. У четвртном делу се говори о верзионој тужби која је, као и кондикција, пресудно утицала на савремено уређење правно неоснованог обogaћења. Пети део је посвећен упоредноправним решењима у материји правно неоснованог обogaћења. Предмет шестог дела је анализа домаћих прописа у овој материји и њихова практична примена.

ПОЛАЗНЕ ХИПОТЕЗЕ

Кондикција је процесуално средство које подиже једно лице ради повраћаја ствари која се налази без правног основа код другог лица. Она спада у тужбе које делују према тачно одређеном лицу (*in personam*), која се примењује онда када једна страна изврши чинидбу другој страни која нема основа да задржи

примљено. Кондикција, дакле, служи за повраћај датог. Међутим, у римском праву кондикција је примењивана и за повраћај украдене ствари. За разлику од осталих случајева примене кондикције, овде је ималац ствари био лишен државине без своје воље те му је кондикција стајала на располагању поред реивиндикационе тужбе (*actio rei vindicatio*).

Кондикција је утицала на стварање посебног института правно неоснованог обogaћења. Због тога се може рећи да историја кондикције представља историју настанка правно неоснованог обogaћења. Оно што је недовољно испитано, барем у српској литератури, јесу сличности и разлике између та два института – кондикције и правно неоснованог обogaћења. Недовољна теоријска одређеност произилази и из важеће регулативе која оставља недоумице о правној природи установе „стицање без основа” из чл. 210–219 Закона о облигационим односима.² Иако преовладава став да је том установом у српском праву прописано правно неосновано обogaћење, њен хибридни карактер даје повода за свестрано и детаљно испитивање њене правне природе. Из тога произилази задатак да се утврде карактеристике кондикције и правно неоснованог обogaћења те да се поставе јасне границе између тих установа. На тај начин би се отклониле недоумице у уређењу материје правно неоснованог обogaћења у српском праву. Продубљеним испитивањем ове установе, пре свега узимајући у обзир упоредноправно искуство, увиђају се њене карактеристике и потенцијал који поседује за решавања спорних ситуација. Хипотезе од којих полазимо су следеће:

1. Савремени институт правно неоснованог обogaћења садржи елементе двеју римскоправних установа: кондикције (*condictio*) и верзионе тужбе (*actio de in rem verso*). Битан елемент кондикције јесте непостојање основа стицања (*sine causa*). Тужилац захтева повраћај датог због тога што је тужени стекао ствар без правног основа. Битан елемент савременог института правно неоснованог обogaћења такође је непостојање основа стечене користи. Осим тога, неопходно је да се тужени обогатио. Из тога произилази други битан елемент неоснованог

² Закон о облигационим односима – ЗОО, „Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

обогаћења – остварена корист на терет тужиоца, који је преузет из римскоправне верзионе тужбе (*actio de in rem verso*). Карактеристика кондикционе одговорности јесте да тужени враћа примљено. Тек ако није могуће извршити натуралну реституцију, тужени се обавезује да исплати одговарајућу новчану вредност (новчана реституција). Обим новчане реституције код кондикције одговара вредности примљене ствари. У случају неоснованог обогаћења тужени одговара за постигнуту корист па се обим његове одговорности према њој одмерава. Отуда се може десити да тужени буде ослобођен одговорности уколико је корист накнадно нестала. За кондикциону одговорност нема значаја да ли је стечена корист накнадно отпала те кондикциони дужник одговара за оно што је неосновано примио.

2. Кондикција санкционише неосновано стицање. Зависно од правног основа, разликују се различите врсте кондикција. Тако, постоји неколико ситуација у којима недостаје правни основ. Најпре, може се десити да није било никаквог основа стицања (*condictio indebiti*) или да је он у почетку постојао али је накнадно отпао (*condictio ob causam finitam*). Могуће је и да основ не постоји јер је циљ давања био неморалан или противправан (*condictio ob turpem vel iniustam causam*). Најзад, може се очекивати да основ наступи, али да до тога не дође (*condictio causa data causa non secuta*).

Установом правно неоснованог обогаћења санкционише се неосновано остварена корист која постоји у тренутку подизања тужбе којом се потражује њен повраћај. Врсте правно неоснованог обогаћења разликују се према начину настанка обогаћења, а не према томе због чега правни основ не постоји. Тако, оно може настати радњом осиромашеног, радњом обогаћеног, радњом трећег лица или природним догађајем. Уколико је обогаћење настало радњом обогаћеног, она се најчешће огледа у повреди права осиромашеног, због чега долази у обзир и примена грађанскоправне одговорности.

3. Тренутак према коме се одређује обим одговорности различит је у случају кондикције и правно неоснованог обогаћења. Тако је за примену кондикције увек релевантан тренутак стицања јер тужени одговара за оно што је примио, а не за оно што поседује у тренутку покретања поступка. Код

одговорности из неоснованог обogaћења води се рачуна да ли је обogaћени савесно или несавесно лице. Уколико је реч о савесном лицу, оно одговара за обogaћење које постоји у тренутку подизања тужбе из обogaћења. Несавесни обogaћени одговара за корист коју је једном стекао, без обзира на то да ли је у тренутку покретања поступка још увек поседује. Ако је реч о несавесном обogaћеном, одговорност из неоснованог обogaћења приближава се кондикционој одговорности јер се као релевантан узима тренутак стицања.

4. Кондикција се по правилу примењује у случајевима када стицање туженог настаје услед чинидбе тужиоца. Правно неосновано обogaћење може настати не само чинидбом осиромашеног лица, већ и његовом радњом која не представља престацију, као што је случај када једно лице погрешно верује да на сопственом земљишту гради објекат а заправо гради на туђем земљишту. Осим тога, неосновано обogaћање може настати и радњом обogaћеног лица, радњом трећег лица или чак природним догађајем.

МЕТОДИ

Кондикција представља древну установу која је од римског права у којем је поникла, преко средњовековне рецепције доспела до савременог права. Због тога се у нашем истраживању на првом месту примењује историјскоправни метод.

Еволуцију правних института је могуће објаснити и разумети једино уколико се узму у обзир и друштвене прилике које су непосредно утицале на формирање тих института. Због тога треба применити и социолошки метод.

Кондикција и правно неосновано обogaћење уређени су важећим правом. Анализа позитивних прописа и извођење закључака на основу њих претпоставља примену нормативног метода.

На крају, не само из сазнајног већ и из практичног разлога, који налаже потребу оптималног уређења материје правно неоснованог обogaћења, неопходно је анализирати правна решења страних држава да би се закључило о позитивним и негативним искуствима у вези са том материјом, која би се искористила за целисходно уређење правно неоснованог обogaћења у српском праву. Због тога се примењује упоредноправни метод.

**ПРВИ ДЕО: ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ – ОПШТИ
ПОГЛЕД**

1.1. НАЧИНИ УРЕЂЕЊА ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЂЕЊА

У упоредном праву материја правно неоснованог обogaђења уређена је на различите начине. У старијим европским грађанским кодификацијама (Француски и Аустријски грађански законик)³ не постоји јединствен институт правно неоснованог обogaђења, већ су различити институти који почивају на забрани неоснованог обogaђења уређени на различитим местима у законнику. Две основне установе са дугом традицијом које непосредно санкционишу правно неосновано обogaђење јесу кондикција и верзиона тужба. Француски грађански законик из 1804. године прописује основни кондикциони случај – исплату недугованог (чл. 1376–1381), док је верзиону тужбу увела судска пракса крајем XIX века. Аустријски грађански законик из 1811. године на различитим местима прописује различите врсте кондикација. Осим тога, у чл. 1041. предвиђа се верзиона тужба у облику који је она добила у општем праву (*ius commune*) као тужба из корисне употребе. Прекретница у уређивању материје правно неоснованог обogaђења наступила је у другој половини XIX века када је покушано да се једном општом нормом пропишу сви случајеви правно неоснованог обogaђења. Последица таквог приступа је настанак јединственог института правно неоснованог обogaђења који је дошао до изражаја у Швајцарском законнику о облигацијама из 1883. и Немачком грађанском законнику из 1900. године.⁴

У англосаксонском праву развој уређења правно неоснованог обogaђења ишао је другачијим путем у односу на европскоконтинентално право. Начелна разлика између континенталног и англосаксонског права састоји се у томе што је у англосаксонском праву правно неосновано обogaђење прописано у оквиру једне шире целине која се назива право реституције (*Law of Restitution*) и која представља унификацију *common law* (*quantum meruit, quantum velebet, money had and received*) и *equity* средстава (*constructive trust, equitable lien, subrogation* и др.).

³ У даљем излагању за Француски грађански законик (*Code civil*) повремено се користи скраћеница СС, а за Аустријски грађански законик (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) АБГВ.

⁴ У даљем излагању за Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) повремено се користи скраћеница ВГВ.

Основ њиховог повезивања је принцип који је вековима познат правницима са континента, а који се састоји у забрани правно неоснованог обогаћења на рачун другог.⁵ Такође, у оквиру права реституције расправља се о неким случајевима који се у континенталном праву уређују у оквиру других правних института. Тако се право реституције, између осталог, бави питањем повраћаја извршеног на основу ништавог или раскинутог уговора док се у континенталном праву та материја уређује у оквиру излагања о контрактима. Последњих деценија у државама англосаксонског права проучавање и практична примена правно неоснованог обогаћења доживљава експанзију због чега је, уз контракте и деликте који су дуго представљали једине изворе облигација, постало трећи извор облигација.

1.2. ПРВЕ КОДИФИКАЦИЈЕ КОЈИМА СЕ УВОДИ ИНСТИТУТ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

У европским грађанским кодификацијама институт правно неоснованог обогаћења први пут је јединствено уређен у Швајцарском законнику о облигацијама из 1883.⁶ и Немачком грађанском законнику из 1900. године. Међутим, пре тога је донет низ законика појединих швајцарских кантона и немачких покрајина у којима се наговештава другачији приступ материји правно неоснованог обогаћења.⁷ Међу њима је први значајан био Грађански законик за кантон Цирих из 1856, у којем су исцрпно регулисане кондикције под називом *Von der Forderungen aus ungehöriger Bereicherung auf Erstattung*.⁸ У њему су кондикције као јединствена група добиле положај самосталног извора облигација.

⁵ *House of Lords* је тек недавно признао принцип забране неоснованог обогаћења у Енглеској у спору *Lipkin Gorman (a firm) v. Karpnale Ltd.* (1991) 2 AC 548. У Америци је тај принцип признат још 1937. године и налази се у *American Law Institute's Restatement of the Law of Restitution, Quasi-Contracts and Constructive Trusts*.

⁶ Швајцарски законик о облигацијама усвојен је 1881. године, а важио је у периоду од 1883. до 1911. године. Ревидирани Законик из 1911. године није унео никакве битне измене у материји правно неоснованог обогаћења. Вид. Владимир Капор, *Обогаћење без основа* (необјављена докторска дисертација), Београд 1951, 26.

⁷ *Ibid.*, 25–26.

⁸ *Ibid.*

Други законик који је допринео стварању института правно неоснованог обогаћења био је Грађански законик швајцарског кантона Grisons (*Graubunden*) из 1862. године, у којем је први пут у грађанским кодификацијама изражен општи принцип забране неоснованог обогаћења.⁹

Током израде Швајцарског грађанског законика о облигацијама и Немачког грађанског законика сукобљавана су различита мишљења о томе на који начин треба уредити материју правно неоснованог обогаћења. Тако је у првом пројекту Швајцарског грађанског законика био усвојен систем специјалних тужби које одговарају римским кондикцијама које су на крају употпуњене генералном клаузулом која је требало да уреди све остале случајеве правно неоснованог обогаћења и која је била слична римској кондикцији *sine causa* у ужем смислу.¹⁰ Међутим, у коначној ревизији, захваљујући базелском професору *von Wyss*-у правно неосновано обогаћење добило је положај самосталног извора облигација и смештено је у општи део Законика.¹¹ Уместо регулисаних различитих врста кондикција, материја правно неоснованог обогаћења заснована је на општем начелу о забрани неоснованог обогаћења.

Први пројекат Немачког грађанског законика, слично као и први пројекат Швајцарског законика о облигацијама, у једној глави је прописао различите врсте кондикција, додајући на крају кондикцију *sine causa* која је требало да обухвати остале случајеве правно неоснованог обогаћења. Услед жестоких критика првог пројекта, нарочито професора *Gierke*-а и великог романисте *Lenel*-а, други пројекат је садржао значајне промене у материји правно неоснованог обогаћења.¹² Попут Швајцарског законика¹³ на чело материје стављен је општи принцип којим

⁹ *Ibid.*, 26

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, 27.

¹³ Чл. 62, ст. 1 Швајцарског законика о облигацијама: „Ко се без основа обогатио на рачун другог дужан је да врати оно чиме се обогатио.” Превод Михаило Константиновић, *Швајцарски законик о облигацијама*, Београд 1962, 17.

се уређује правно неосновано обogaћење као јединствен институт.¹⁴ Иако су изричито прописани посебни случајеви који одговарају појединим врстама кондикција, они не чине самосталну целину већ су уређени према начелима која важе за институт правно неоснованог обogaћења.

У европскоконтиненталном праву још неке националне грађанске кодификације које су донете након Немачког грађанског законика такође садрже интегрални институт правно неоснованог обogaћења.¹⁵ С друге стране, иако у старијим грађанским кодификацијама није прописан јединствен институт правно неоснованог обogaћења, он је посредно признат (у француској је то учинила судска пракса, док је у Аустрији верзионој тужби из чл. 1041 ABGB приписан карактер примарног средства за спречавање неоснованог обogaћења).

1.3. ПОЈАМ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

У националним правним порецима различито је уређено правно неосновано обogaћење. Упркос различитим начинима санкционисања, у свима њима оно представља правно неосновано стицање имовинске вредности једног лица (обogaћеног) на терет имовине другог лица (осиромашеног). Општи појам правно неоснованог обogaћења чини неколико битних елемената.

¹⁴ Чл. 812, ст. 1 BGB: „Ко чинидбом другог или на неки други начин на штету другог што добије без правног основа, обавезан му је на повраћај.” (превод Чедомир Марковић, *Општи део тражбеног права. Одговарајући текстови француског, немачког и швајцарског грађанског законика*, Београд 1925, 118)

¹⁵ Вид. чл. 2041–2042 Италијанског грађанског законика, чл. 904–913 Грчког грађанског законика, чл. 405–414 Пољског грађанског законика, чл. 451–459 Чешког грађанског законика, чл. 1027–1042 Закона о облигацијама Естоније, чл. 190–198 Словеначког законика о облигацијама, чл. 55–59 Закона о облигацијама и уговорима Бугарске, чл. 1111–1120 Закона о обвезним односима Хрватске.

1.3.1. Економски елементи

Ти елементи наглашавају економске последице правно неоснованог обогаћења, које се огледају у увећању имовине једног лица које може бити праћено умањењем имовине другог лица. То су: обогаћење, осиромашење и корелативност обогаћења и осиромашења.

1.3.1.1. Обогаћење

Установа правно неоснованог обогаћења добила је назив према том елементу. Законски текстови који је уређују не одређују ближе овај елемент већ је то задатак правне науке и праксе. У литератури и законодавству се као синоним за обогаћење употребљава реч корист.¹⁶

Правни појам обогаћења не одговара појму обогаћења у обичном, свакодневном језику. Док израз „обогатити се” у лаичком говору значи прибавити материјална добра у великој количини, правни појам обогаћења подразумева сваку имовинску корист, без обзира на њену величину.¹⁷ Обогаћење се може састојати не само у стицању материјалних добара већ и у избегавању смањења имовине.¹⁸ Оно се јавља у различитим облицима. Најпре, обогаћење се може састојати у увећању активе (када обогаћени стекне ново добро) или у увећању вредности већ постојећег добра (када власник добије назад своју ствар након што ју је користио држалац без основа који је на њој извршио радове услед којих је дошло до повећања њене вредности)¹⁹. Међутим, обогаћење се може огледати и у

¹⁶ Коментар Закона о облигационим односима I (друго издање), редактори: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, Београд 1983, 767.

¹⁷ В. Капор, 34.

¹⁸ Према томе да ли се обогаћење састоји у стицању нових економских добара или пак у избегавању смањења имовине разликује се позитивно и негативно обогаћење. *Ibid.*, 35–36.

¹⁹ На пример, земљиште чији је квалитет побољшан ђубрењем или стан чија је вредност увећана реновирањем.

смањењу пасиве. То се догађа када дуг који има једна особа грешком исплати друга особа. Обогаћење се може састојати и у уштеди трошкова.²⁰

1.3.1.1.1. Економска корист као предмет обогаћења

Прва претпоставка правно неоснованог обогаћења састоји се у томе да је једно лице (обогаћени) стекло корист (*beneficium*). Предмет обогаћења је остварена корист.²¹

Корист се посматра објективно, без обзира на личне жеље и поимање одређеног лица. Сходно томе, на могућност обогаћења не утиче пословна способност због чега и субјекти који је не поседују или је поседују ограничено могу стећи корист у смислу правно неоснованог обогаћења. Дефиниција објективне користи мора се посматрати са економске тачке гледишта.²² Корист је објективна економска вредност која одговара новчаној вредности која се плаћа да би се дата корист стекла. Отуда све што има цену на тржишту, то јест што се може новчано изразити, представља економску корист па може бити предмет обогаћења. Притом није значајно да ли је остварена економска корист узроковала укупно повећање имовине одређеног лица. Извршена услуга у корист обогаћеног (на пример, шишање у фризерском салону) који за њу није платио накнаду није повећала његову укупну имовину већ је избегнуто њено смањење. Корисник услуге ипак је остварио економску корист која се састоји у уштеди трошкова.

Објективна корист може се описати и у правном смислу. Правна корист постоји онда када је стечено облигационоправно или стварноправно овлашћење.

Правници уобичајено, изузев уколико није изричито другачије речено, под објективном коришћу у смислу правно неоснованог обогаћења сматрају

²⁰ До уштеде трошкова долази када обогаћени користи услуге које није платио (родитељи ангажују професора да даје приватне часове њиховом детету па му не исплате уговорену накнаду).

²¹ Christian-Michael Kaehler, *Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht*, Bielefeld 1972, 17.

²² *Ibid.*, 18.

економску корист.²³ Правна корист одговара економској користи уколико је реч о стицању телесних и бестелесних ствари с обзиром на то да се њихов промет остварује на тржишту на којем имају новчану вредност. Отуда стицање ствари није само правно већ и економско обогаћење прибавиоца. Међутим, до економског али не и правног обогаћења доводи извршени рад (услуга) или пропуштање одређене чинидбе која на тржишту има новчану вредност. Остварена корист у том случају одговара износу новчане вредности извршене чинидбе која се за њу плаћа.

С друге стране, постоје случајеви када се стиче правно овлашћење чија последица није економско обогаћење. Тако, на пример, ако неко стекне својину на покретној ствари која се више не употребљава, те стога нема никакву економску вредност (грамофон који не ради) или уколико је остваривање економске користи могуће само ако се уложе високи трошкови да би се ствар оспособила (олупина аута). У тим случајевима може се говорити само о правном, али не и о економском обогаћењу. Будући да се у одређеним случајевима економско и правно обогаћење не подударају, поставља се питање које од њих је релевантно за постојање правно неоснованог обогаћења. По правилу, релевантна је економска корист, при чему није неопходно да осим ње постоји и правна корист.²⁴ Тако, на пример, испоручена роба представља и економску (тржишна вредност робе) и правну (стицање права својине на роби) корист. Међутим, у случају извршеног рада (окопавање њиве), постоји само економска корист. Како је у оба случаја остварена економска корист, оба могу бити уређена применом правила правно неоснованог обогаћења.

Уколико истовремено постоје и правна и економска корист, шта ће бити предмет реституције: економско или правно обогаћење? Другим речима да ли осиромашени првенствено захтева натуралну или новчану реституцију (враћање ствари или плаћање њеног новчаног еквивалента). Различита права прописују

²³ *Ibid.*, 20.

²⁴ У немачком праву, према чл. 818, ст. 2 BGB, реституторни захтев се примењује у случају постојања економског обогаћења чак и онда када је правно обогаћење нестало или уопште није ни настало. *Ibid.*, 23.

различита решења. Тако се у енглеском праву у наведеном случају потражује новчана реституција. Такво решење је последица традиционалног енглеског решавања случајева правно неоснованог обogaћења применом доктрине о квазиконтрактима. Уколико је ствар неосновано испоручена, у енглеском праву осиромашени је овлашћен да подигне тужбу *quantum valebat* којом потражује само новчани еквивалент испоручене робе. У европскоконтиненталном праву у случајевима правно неоснованог обogaћења првенствено се потражује натурална реституција (предаја неосновано стечене ствари). Тужени се обавезује на плаћања новчаног еквивалента само ако није могуће извршити предају ствари у природи.²⁵

1.3.1.1.2. Објективно и субјективно обogaћење

Да ли је одређено лице стекло корист, може се размотрити са два аспекта: објективног и субјективног.²⁶

Објективно обogaћење постоји без обзира на став обogaћеног лица и огледа се у увећању његове имовине или изостанку њеног смањења. Извршење рада у корист обogaћеног који он није захтевао, спајање ствари различитих власника без њихове воље и испуњење туђе обавезе без налога представљају примере објективног обogaћења. У случају субјективног обogaћења претпоставља се да је обogaћени желео стицање користи. Објективно и субјективно обogaћење подударају се онда када је стицању користи претходио уговор између обogaћеног и осиромашеног лица који је касније поништен, као и када је корист остварена свесном повредом права или правно заштићеног интереса осиромашеног лица. У обе ситуације објективно стечена корист одговара вољи обogaћеног лица. Уколико постоји уговор између обogaћеног и осиромашеног, корист коју је први остварио наступила је као последица његове воље која је претходно изричито или прећутно изјављена. Принцип који се налази у основи субјективног разумевања обogaћења састоји се у томе да нико не може другом лицу без његове сагласности

²⁵ Вид. чл. 210, ст. 1 ЗОО; чл. 818, ст. 2 BGB.

²⁶ С. М. Kaehler, 30 и даље.

наметнути обавезу повраћаја остварене користи. Значајно је разликовати објективно и субјективно обогаћење због тога што различити правни пореци придају различит значај субјективном обогаћењу. Тако, по правилу, у правима која припадају европскоконтиненталној породици обогаћени подлеже санкцији због неоснованог обогаћења, без обзира на то да ли је стицању користи претходила његова изричита или прећутна сагласност, то јест без обзира на то да ли је постојало субјективно обогаћење. За разлику од тога, у англосаксонском праву традиционално се захтева субјективно обогаћење. Обогаћени је могао бити санкционисан једино уколико је претходно захтевао одговарајућу чинидбу која је довела до обогаћења. Сагласје између објективног и субјективног обогаћења остварује се тиме што објективно обогаћење увек претпоставља субјективно обогаћење.

1.3.1.2. Осиромашење

Други елемент правно неоснованог обогаћења огледа се у осиромашењу које једно лице трпи због обогаћења другог лица. Слично као и у случају обогаћења, лаичко тумачење осиромашења може навести на помисао да се осиромашење огледа искључиво у смањењу активе осиромашеног лица. То је само делимично тачно јер се осиромашење може састојати и у изостанку повећања активе или повећању пасиве.

Осиромашење може попримити различите облике. Најпре, оно се може састојати у директном смањењу активе што ће бити случај када неко добро пређе из имовине осиромашеног у имовину обогаћеног лица. Међутим, осим материјалног лишења добара, осиромашење може да се састоји и у непостизању добити која би се стекла да није било обогаћења туженог. То је случај када је осиромашено лице било спречено да користи ствар јер ју је користио обогаћени као и када је осиромашени извршио услугу (рад) у корист обогаћеног за коју није добио накнаду. Затим, осиромашење се може огледати и у повећању пасиве, на пример, када се осиромашени оптерети новом обавезом.

Обогаћење и осиромашење не морају нужно бити исте вредности. Тако се, на пример, осиромашење може састојати у изостанку повећања активе због недобијања накнаде за извршни рад, а обогаћење у уштеди трошкова због неисплаћене накнаде за рад и у оствареном резултату рада (осиромашени изврши пољопривредне радове на њиви обогаћеног па се његово осиромашење огледа у томе што није добио накнаду за извршени рад, док се обогаћење огледа у уштеди трошкова и вредности убраних плодова). Уколико су обогаћење и осиромашење различите новчане вредности, поставља се питање која од њих треба да буде полазиште за одређивање обима реституције. По правилу, релевантан је мањи износ. Притом, осиромашени не може добити више од износа свог осиромашења, док обогаћени не може платити више од износа свог обогаћења. Међутим, у одређеним случајевима, пре свега када несавесни обогаћени остварује добит свесном повредом права осиромашеног лица, правни пореци попут немачког и англосаксонског обавезују обогаћеног на предају целокупно оствареног профита без обзира на износ осиромашења тужиоца.

1.3.1.3. Корелација између обогаћења и осиромашења

Обогаћење мора бити у корелацији са осиромашењем тако да оно што за једну страну представља обогаћење за другу представља осиромашење.

Елемент корелације изражава се тиме што обогаћење наступа „на терет” или „на рачун” осиромашеног лица. Тако је, на пример, у Немачком грађанском законнику (чл. 812, ст. 1) тај елемент изражен речима: „Ко чинидбом другог или на други начин на рачун другог без правног основа нешто прибави...” Слична формулација се налази и у Швајцарском грађанском законнику (чл. 62, ст. 1): „Ко се без основа обогатио на рачун другог...”, док се у Закону о облигационим односима (чл. 210, ст. 1) наводи: „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица...”

У литератури се наводи да између обогаћења и осиромашења мора да постоји узрочно-последична веза.²⁷ Међутим, веза између обогаћења и осиромашења није исто што и узрочна веза између штетне радње и причињене штете.²⁸ Штета је увек последица штетне радње, док обогаћење није никад проузроковано осиромашењем и, обратно, осиромашење није последица проузрокована обогаћењем.²⁹ Обогаћење и осиромашење су последице истог узрока – неке правне чињенице која се може огледати у извршеној радњи или наступању неког догађаја.³⁰ Тако у случају исплате недугованог узрок који је изазвао обогаћење једне стране и осиромашење друге јесте чинидба осиромашеног³¹ или неког другог лица³². Међутим, да би постојало правно неосновано обогаћење, није довољно да супротни имовински ефекти произлазе из истог узрока³³ већ да између обогаћење и осиромашења постоји међузависност те да без неосновано стечене користи нема ни обогаћења и обратно. Правно неосновано обогаћење постоји онда када услед неког (правно неоснованог) узрока предмет користи пређе из имовине осиромашеног у имовину обогаћеног. Осим

²⁷ „Тако, ако је неко преузео радове ради осигурања свог земљишта од обрушавања, он не може ништа захтевати од свог суседа коме су ти радови такође користили јер суседова корист не потиче из његовог осиромашења, сусед се није обогатио на његов рачун.” Вид. *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Београд 1962, 153.

²⁸ Јелена Даниловић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I–III*, Београд 1978, 410.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Ј. Даниловић (1978), 410; Јаков Радишић, *Облигационо право општи део (седмо издање)*, Београд 2004, 294.

³¹ До осиромашења долази када радник за извршени рад од послодавца не добија накнаду, при чему се осиромашење огледа у изостанку повећања радникове имовине, док се обогаћење послодавца огледа у уштеди трошкова исплате зараде. Обогаћење и осиромашење настају из истог узрока који се огледа у извршеном раду. Ј. Даниловић (1978), 410.

³² Код асигнације може постојати заблуда у погледу валутног односа између асигнанта и асигнатара. У том случају однос између асигната и асигнатара остаје непромењен. Обогаћено лице је асигнатар у односу на асигнанта јер није постојао разлог да асигнат плати на терет асигнанта. Извршеним плаћањем корист је стекао асигнатар а осиромашео асигнант. Стога право повраћаја од асигнатара припада асигнанту, а не исплатиоцу асигнату. Вид. *Коментар Закона о облигационим односима* (Б. Благојевић, В. Круљ), 789.

³³ Пожар који се десио у близини хотела А има за последицу да се повећа потражња гостију за нешто даљим хотелом Б. Иако је хотел А смањео обим посла а хотел Б повећао, не сматра се да се власник хотела Б правно неосновано обогатио на рачун власника хотела А.

тога, постоје ситуације када уместо повећања имовине једног лица (осиромашеног) наступи повећање имовине другог лица (обогаћеног).³⁴

За правно неосновано обогаћење битно је да постоји корелативна веза између обогаћења и осиромашења, при чему они не морају имати исту имовинску вредност.

Најчешће до неоснованог обогаћења долази непосредно, тако што одређена имовинска вредност пређе из имовине осиромашеног у имовину обогаћеног (осиромашени изврши чинидбу обогаћеноме у заблуди да тако гаси своју обавезу према њему која у стварности не постоји). Непосредно обогаћење се може догодити и актом трећег лица, ако оно није стекло никаква права на добру које је прешло из имовине осиромашеног у имовину обогаћеног већ се сматра само фактичким посредником.³⁵ Од случајева непосредног обогаћења насталог радњом трећег лица треба разликовати случајеве посредног обогаћења када стицање користи наступа посредством имовине трећег лица.³⁶ Посредно обогаћење се обично дешава на два начина: на основу уговора који је закључио трећи (*ex alieno contractu*) или када се пренос имовинских добара изврши између два лица од којих стицалац даље располаже у корист трећег лица које се сматра обогаћеним. Пример индиректног обогаћења *ex alieno contractu* постојао је у чувеном случају *Boudier* који је имао далекосежне последице настале одлуком Касационог суда којом је у француско право уведен институт правно неоснованог обогаћења.³⁷ Други начин настанка посредног обогаћења огледа се у томе да је

³⁴ То ће, на пример, бити случај када неовлашћено лице наплати туђе потраживање.

³⁵ Грађевински предузимач без своје кривице употреби материјал једног лица за изградњу зграде другог лица. Ј. Даниловић (1978), 411.

³⁶ У упоредном праву се по правилу санкционише и посредно обогаћење. Изузетак представља немачко право, али и у њему постоје изузеци од којих су неке предвиђене у самом Законнику (чл. 816, ст. 2 и чл. 822), док се други изводе тумачењем да веза не мора бити непосредна ако је до обогаћења дошло „јединственим правним поступком”, као у случају асигнације. *Ibid.*, 412.

³⁷ Продавац је доставио одређену количину ђубрива земљораднику који га је искористио за пођубривање земљишта које је узео у закуп. Земљорадник услед своје инсолвентности није платио испоручено ђубриво, а у међувремену је био избачен са земљишта због неиспуњавања обавезе према власнику који је након раскида уговора о закупу убрао усеве. Продавац ђубрива је тужио власника земљишта захтевајући накнаду за вредност испоручене робе. Тужени је одбијао да плати накнаду позивајући се на уговор који је склопио са закупцем. Касациони суд је донео одлуку да је довољан разлог примене тужбе *de in rem verso* чињеница што продавац може да идентификује

лице које је без основа стекло неку ствар њоме доброчино располагало у корист трећег лица. Посредно обogaћењено треће лице дужно је да осиромашеном изврши повраћај стеченог.³⁸

1.3.2. Правни елемент – непостојање правног основа

Да би неосновано обogaћење било санкционисано, није довољно само да се једна страна обогатила на рачун друге. Уколико би се за санкционисање неоснованог обogaћења једино захтевало постојање обogaћења једне стране на рачун друге, настала би конфузија у примени осталих норми због тога што би свако лице која сматра да је осиромашено услед наступања одређених околности које су имале за последицу обogaћење другог лица могло да се позове на то да постоји неправедан пренос вредности и да захтева реституцију. Због тога се, уз поменуте услове, захтева још један: да обogaћење мора бити неосновано. Обogaћење је неосновано онда када за њега не постоји никакав основ стицања (*iustus titulus, iusta causa*) попут уговора, једностране изјаве воље, наредбе закона.³⁹

Ако је обogaћење последица извршења неког правног акта, какво год мишљење било о етичкој оправданости тог обogaћења, оно се сматра основаним. Лице које је претрпело губитак због примене неког акта може покренути судски поступак у коме ће нападати акт из различитих разлога. Тако, на пример, оно може захтевати поништење уговора због постојања мана воље, раскид због немогућности извршења и др. Међутим, све док акт постоји, не може се позивати на правно неосновано обogaћење. За разлику од тих, постоје случајеви када стицање имовинске вредности нема оправдање у неком правном акту. Тако, на

вредност испоручене робе у већој вредности усева. У том случају постоји индиректно обogaћење власника земљишта (закуподавца) који се обогатио захваљујући извршењу купопродајног уговора који је са продавцем ђубрива склопио закупац. *Ibid.*, 411.

³⁸ Према чл. 816, ст. 1 и чл. 822 BGB, треће лице у чију корист је непосредно обogaћени доброчино располагао обавезује се да изврши реституцију осиромашеном.

³⁹ Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право (општи део)*, Београд 1974, 438.

пример, власник неког добра неосновано стиче корист од радова предузетих на том добру за чије обављање је држалац без основа ангажовао извођача радова којег није исплатио. Извођач радова је осиромашео, док се власник добра обогатио, а да при томе не постоји правни акт који би оправдао стицање користи.

Обогаћење на терет другог забрањено је и мора се вратити. Оно се може задржати једино уколико постоји одговарајући правни основ. Анализом тог елемента закључује се да је немогуће дати позитивну дефиницију правно неоснованог обогаћења. Отуда је боље формулисати негативну дефиницију по којој је свако обогаћење на терет другог забрањено, изузев уколико је оно основано. Обогаћење је основано ако је стечено на основу неког правног акта: закона, подзаконског општег акта, пуноважног уговора или другог појединачног правног акта. Међу различитим правним актима најчешћи основ обогаћења су закон и уговор.

1.3.2.1. Постојање законског основа

Обогаћење се често може оправдати постојањем законског основа. Тако, на пример, поверилац дуга који је застарео не може тужити дужника позивајући се на то да се дужник обогатио због тога што није испунио обавезу коју има према њему. Законске норме које прописују застаревање дуга ради обезбеђивања правне извесности санкционишу индолентног повериоца који се није благовремено старао о остваривању свог потраживања тако што му се ускраћује да судским путем захтева испуњење обавезе. Дужник је на основу закона овлашћен да не изврши обавезу, међутим, ако је добровољно изврши, неће имати право на повраћај. Закон такође прописује да се не може тражити враћање неосновано плаћених износа на име накнаде штете због повреде тела, нарушења здравља или смрти, уколико је исплата извршена савесном прибавиоцу.⁴⁰ У том случају између обогаћеног и осиромашеног није постојао претходно постојећи облигациони однос јер осиромашени није проузроковао штету, због чега се извршена исплата

⁴⁰ Чл. 216 ЗОО.

сматра неоснованом. Међутим, закон прописује да, упркос томе, обogaћени има право да задржи примљену исплату.

1.3.2.2. Постојање уговорног основа

Уколико се имовинска корист стекне на основу уговора закљученог између обogaћеног и осиромашеног, искључује се постојање неоснованог обogaћења. Уговор не може бити доведен у питање применом правила о неоснованом обogaћењу, под изговором да је тај уговор неправедан. Све док уговор постоји, стицање на основу њега је основано па се искључује постојање неоснованог обogaћења. Уколико у теретном уговору постоји нееквивалентност престација, страна која себе сматра оштећеном не може се позвати на неосновано обogaћење друге стране. Прекомерно стицање користи у том случају није извршено без правног основа. Уговор се може напасти применом других института попут прекомерног оштећења, које је прописано да би се санкционисала нееквивалентност престација. Такође, ако једна уговорница изврши своју обавезу а друга одбије да изврши обавезу која на њој лежи, страна која је извршила обавезу не може подићи тужбу због неоснованог обogaћења све док уговор постоји.⁴¹ Ово стога што уговорна страна која је примила на себе извршење обавезе, а одбија да је изврши, не држи примљено без правног основа већ на основу уговора.⁴² Тек ако уговор буде раскинут или из другог разлога

⁴¹ У правима која признају индиректно обogaћење поставља се питање да ли основ обogaћења може да буде уговор између обogaћеног и особе путем чије имовине је извршен пренос средстава чија је последица било осиромашење треће особе? Тако се треба изјаснити да ли уговор о закупу земљишта представља правни основ обogaћења власника земљишта (закуподавца) које је настало као последица извршења уговора који је закупац склопио са трећим лицем (осиромашеним). У Француској, у којој се признаје индиректно обogaћење, Касациони суд је одрично одговорио у случају *Boudier* из 1892. године. Међутим, то питање је разматрано и доцније, након чега је заузет став да уговор о закупу представља основ обogaћења закуподавца када у њему постоји клаузула по којој он може без било какве накнаде уживати користи од радова који су извршени на закупљеној ствари за време трајања уговора о закупу за чије извршење је закупац ангажовао треће лице. Вид. Alain Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Paris 1997, 291–292.

⁴² Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 460.

престане да важи, настаје случај правно неоснованог обogaћења.⁴³ Страна која је извршила своју обавезу, након престанка уговора, може подићи тужбу због правно неоснованог обogaћења и захтевати повраћај датог.

1.3.2.3. Забрана реституције у случају извршења природне обавезе или моралне или друштвене дужности

Извршење природне обавезе не може се захтевати судским путем, али ако је дужник добровољно изврши, не може од повериоца захтевати повраћај. Обавеза исплате постоји, али не ужива правну санкцију. Типичан пример природне обавезе је застарели дуг.⁴⁴ Према томе, извршење природне обавезе не појављује се као плаћање непостојећег дуга, него као плаћање дуга који постоји, било да је плаћање извршено у заблуди или не.⁴⁵ Извршење природне обавезе је основано, због чега се не примењују правила о правно неоснованом обogaћењу.

Постоје чинидбе чије извршење налаже шире схватање друштва или савест као унутрашњи регулатор понашања појединца. Извршење моралних и друштвених дужности такође се не може захтевати судским путем.⁴⁶ Извршење моралне обавезе постоји, на пример, када се блиском лицу (рођаку, брачном другу, пријатељу и др.) да пригодан поклон (о рођендану, годишњици брака) или пружи помоћ у невољи (изврши спасавање дављеника) или учини услуга у нарочитим околностима (помоћ у случају свадбе, сахране и др.).⁴⁷ Моралне обавезе нису претворене у правне обавезе, али је друштво заинтересовано за

⁴³ За време окупације многи власници непокретности морали су да их отуђују на основу купопродајног уговора. Како су уговори били потпуно извршени, након Другог светског рата продавци су подизали тужбу за поништај тих уговора због мане воље која се огледала у томе што су вољу изјављивали под претњом. Међутим, они су били дужни да купцима врате примљене користи јер би се у противном неосновано обогатили. Обавеза враћања користи настаје тек након што уговор буде поништен. Види Милан Креч, „Како се има обрачунати примљена куповина у току окупације ако је купородајни уговор накнадно укинут”, *Наша законитост*, Загреб 1953, 57.

⁴⁴ Чл. 367 ЗОО: „Ако дужник испуни застарелу обавезу, нема право захтевати да му се врати оно што је дао, чак и ако није знао да је обавеза застарела.”

⁴⁵ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 445.

⁴⁶ Чл. 213 ЗОО прописује да се не може тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности.

⁴⁷ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 445.

њихово поштовање, па је спремно да их у одређеној мери штити правом.⁴⁸ Наиме, правно се нико не може принудити да изврши моралну обавезу, али ако је неко добровољно изврши, не може се накнадно предомислити и захтевати повраћај датог.⁴⁹

Друштвена дужност терети сваког члана друштвене заједнице који се нађе у одређеним околностима. Она, дакле, не произлази из унапред одређеног односа према неком лицу већ из околности које намећу међуљудска солидарност и правила о животу у људској заједници.⁵⁰ Друштвена обавеза, на пример, налаже учешће у гашењу пожара, отклањању последица елементарне непогоде (земљотреса, поплаве и сл.). Сматра се да је извршена друштвена обавеза и онда када једно лице спасе претеће опасности друго лице (на пример, од воза који прети да га усмрти).⁵¹ Уколико једно лице испуни моралну или друштвену дужност, не може потом захтевати повраћај оног што је дало, односно противвредност оног што је учинило.⁵²

⁴⁸ Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима I*, Београд 1995, 508.

⁴⁹ У једном случају из домаће судске праксе бивши супружници су се споразумели да отац (тужилац) купи стан за потребе становања заједничке деце која су мајци (туженој) поверена на чување, негу и васпитавање. У ту сврху он је требало да закључи уговор о купопродаји стана у који су се деца и мајка уселили. Како је у међувремену отац одустао од закључења уговора, продавац га је тужио за накнаду штете која је наступила услед тога што кривицом купца уговор није реализован. Висина штете утврђена је према месечној закупнини коју је продавац могао остварити за време док је у стану живела мајка са малолетном децом. Пошто је отац исплатио накнаду штете, подигао је тужбу против мајке захтевајући да му надокнади закупнину за време док је са децом боравила у стану. Врховни суд Србије одбио је ревизију сматрајући да су првостепени и другостепени суд били правилног становишта да је тужбени захтев неоснован. У образложењу пресуде Врховни суд је навео: „Тужилац је ван законске садржине родитељског права желео да из моралних разлога обезбеди адекватне услове становања својој деци и зато не може, по цитираном члану (213) Закона о облигационим односима, тражити од мајке деце да му накнади закупнину за време док је са малолетном децом боравила у стану, сматрајући да ће га по договору са тужиоцем он купити, што није учинио.” Вид. пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2504/07 од 5. децембра 2007. године.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 446.

⁵² У новијој домаћој судској пракси постоји одлука Врховног касационог суда Србије (Рев. 2891/10, 7. април 2011. године) којом је одбијен захтев тужиоца да му снаха исплати новчану накнаду на име бесправног коришћења стана у његовом власништву у периоду након смрти њеног мужа. С обзиром на то да је свекар искључиви власник стана, донета је одлука о женином иселењу који је она након правноснажности пресуде напустила. Међутим, првостепени и другостепени суд усвојили су тужбени захтев на основу којег се жена обавезује да тужиоцу исплати одређени новчани износ на име стицања без основа због бесправног коришћења стана. Врховни касациони суд преиначио је другостепену пресуду и одбио тужбени захтев образлажући

Ни извршење дуга савести не сматра се неоснованим, због чега је искључена реституција. Дуг савести постоји као субјективно постојећи дуг који произилази из савести дужника.⁵³ Његов пример је давање милостиње.⁵⁴ Иако не представља правну обавезу која се судским путем може утужити, дуг савести је ипак постојећи дуг, због чега се у случају његовог испуњења не сматра да је извршено недуговано. Отуда се искључује могућност повраћаја датог или захтевања противвредности учињеног.

1.3.2.4. Забрана реституције због начела *volenti non fit iniuria*

Стицање користи се може оправдати заштитом права обogaћеног лица да слободно доноси одлуке.⁵⁵ У домену приватног права начелно се једном лицу не може наметнути обавеза без његове сагласности.⁵⁶ Другим речима, ако неко хоће да буде осиромашен, не може касније захтевати повраћај користи коју је обogaћени стекао његовим пристанком по начелу *volenti non fit iniuria*.⁵⁷ У европскоконтиненталном праву то начело трпи изузетке посредством установе

своју одлуку следећим речима: „Не може се прихватити закључак нижестепених судова да је тужена без правног основа у спорном периоду користила предметни стан, да за коришћење стана у власништву тужиоца није плаћала накнаду и да је у обавези да исплати досуђени износ на име стицања без основа. Тужена није лице које је предметни стан користило без правног основа, будући да се у њега уселила на законит начин, по закључењу брака са сада покојним сином тужиоца, уз сагласност тужиоца. Све до правноснажности пресуде којом је тужена обавезана да се из стана исели, не може се сматрати да је она тај стан користила без правног основа, па нема места примени чл. 210 и 219 Закона о облигационим односима.” Склапањем брака са тужиоцевим сином жена се основано уселила у тужиочев стан. Међутим, смрћу мужа, основ њеног становања престао је да постоји (*causa finita*). Упркос томе, највиши суд одбио је тужбени захтев стога што је сматрао неморалним тужиочево потраживање накнаде становања за период у којем се тужена налазила у тешкој животној ситуацији насталој смрћу мужа. Из тога произлази да је, према становишту суда, оправдавајући основ жениног становања у спорном периоду био моралне природе.

⁵³ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 446.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ С. М. Kaehler, 194.

⁵⁶ Тако, на пример, ако аутомеханичар самоиницијативно изврши поправке на аутомобилу, неће постојати обавеза плаћања за делове и извршени рад који власник аутомобила није захтевао, односно одобрио.

⁵⁷ У француској теорији постоји став да се заштита због неоснованог обogaћења пружа само лицу које није желело своје осиромашење. Напротив, ако је до осиромашења дошло вољом осиромашеног лица, оно не ужива никакву правну заштиту. Вид. François Goré, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris 1949, 208 и даље нав. према Ј. Даниловић (1978), 413.

пословодства без налога, чија примена подлеже рестриктивним условима примене управо у сврху заштите слободе одлучивања сваког појединца.⁵⁸

1.4. ОДНОС ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА И ПРОУЗРОКОВАЊА ШТЕТЕ

Иако се осиромашење може огледати у смањењу активе или пропуштању њеног повећања, наступање имовинске штете није претпоставка правно неоснованог обogaћења. Ово стога што проузроковање штете и неосновано обogaћење представљају два различита извора облигација, која су уређена другачијим правилима. Проузроковање штете представља деликт који је, осим контракта, основни извор облигација. Неосновано обogaћење у односу на контракт и деликт представља супсидијерни извор облигација, због чега се у пракси примењује у мањем обиму него претходна два.

Између неоснованог обogaћења и проузроковања штете постоји неколико основних разлика. Најпре, код правно неоснованог обogaћења не говори се о штети већ о осиромашењу једне и обogaћењу друге стране. Накнада штете произлази из проузроковања штете, док је осиромашење једног лица повезано са обogaћењем другог лица. Отуда, у случају проузроковања штете, она може да постоји на једној страни а да никаквог обogaћења нема на другој страни. Правно неосновано обogaћење је другачије јер је осиромашење једног корелативно повезано са обogaћењем другог. Друга разлика, барем када је реч о важећем српском праву, огледа се у томе што у случају проузроковања штете тужилац има право на потпуну накнаду штете, при чему је довољно да постоји обична непажња као најблажи степен кривице. Када је реч о правно неоснованом обogaћењу, тужилац увек има право на мањи од два износа: сопственог осиромашења и тужениковог обogaћења. Ако је осиромашење веће од обogaћења, он може добити

⁵⁸ Потреба заштите обogaћеног лица биће искључена уколико се корист коју је остварило огледа у уштеди нужних трошкова (на пример, плаћање комуналија, трошкови куповине хране и сл.).

накнаду само до износа тужениковог обогаћења, а не и онолико колико је осиромашило. Ово стога што тужба из неоснованог обогаћења није усмерена на накнаду штете већ на реституцију неосновано стечене користи туженог, која је у корелацији са осиромашењем тужиоца.⁵⁹ Обрнуто: ако је износ обогаћења већи од износа осиромашења, онда тужилац не може добити онолико колико се друга страна обогатила јер није за тај износ осиромашила. Трећа разлика је у року застарелости. Тако, у српском праву, рок застарелости за деликте износи три године од сазнања оштећеног да је претрпео штету, односно пет година од тренутка када је штета настала. У случају правно неоснованог обогаћења примењује се општи рок застарелости који износи десет година од настанка обогаћења.

Иако су проузроковање штете и неосновано обогаћење два различита извора облигација која су уређена различитим правилима, у појединим правним системима постоји њихово преплитање.⁶⁰ Прописивањем имовинске штете која је у узрочно-последичној вези са насталим обогаћењем као условом примене опште тужбе из неоснованог обогаћења непотребно се сужава поље примене те установе. Њена сврха управо треба да се оствари санкционисањем неоснованог обогаћења на терет другог које наступа на било који начин. Уколико обогаћење настаје људском радњом, она не мора бити противправна.⁶¹ За разлику од накнаде штете, када се противправна штетна радња мора приписати штетнику у кривицу, обогаћење може настати без кривице обогаћеног лица. Стога је оправдано постојање два посебна института – накнаде шете и неоснованог обогаћења са

⁵⁹ У спору који се водио између војне јединице СФРЈ у својству тужене и власника земљишта (тужиоца) Врховни суд Босне и Херцеговине усвојио је жалбу тужене и укинуо пресуду првостепеног суда који је приликом установљења висине реституције пошао од осиромашеног, то јест од износа његовог осиромашења, а не од износа користи који је остварио тужени. Поводом тога другостепени суд је навео: „Власник земљишта које је СФРЈ (војна јединица) употребљавала као полигон за војне вежбе, без правног основа али и без своје кривице за такво стање, може захтевати само накнаду за коришћење земљишта у висини закупнине коју би тужена у истим околностима плаћала, а не у висини вредности евентуално изгубљених плодова.” Решење Врховног суда Босне и Херцеговине Гж. 87/69 од 14. маја 1970. године. *Збирка судских одлука*, књ. 16, св. 1, Београд 1971, бр. 44.

⁶⁰ У италијанском праву примена института неоснованог обогаћења претпоставља наступање имовинске штете тужиоца.

⁶¹ Вид. Драгослав Вељковић, *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима*, Београд 2005, 254.

претпоставкама примене које се не поистовећују иако поједине од њих могу наликовати једна на другу, као што је случај са штетом (код накнаде штете) и осиромашењем (код неоснованог обogaћења).

1.5. ФУНКЦИЈА ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

Правни захтев из неоснованог обogaћења може имати одбрамбену и репресивну функцију.⁶² Одбрамбена функција остварује се успостављањем имовинског положаја туженог који је постојао пре него што се он обогатио. Да би се успоставило стање које је постојало пре настанка обogaћења, правни поредак полази од стечене користи обogaћеног лица.

Уколико се за полазиште узме осиромашење које се огледа у претрпљеној штети, примењује се тужба за накнаду штете. Она је усмерена на успостављање стања које је постојало пре него што је наступила штетна радња, али за разлику од тужбе из обogaћења, код ње се процењује имовина оштећеног лица.⁶³

Захтев за накнаду штете и тужба из обogaћења имају сличну функцију. Оба правна средстава имају заштитну функцију јер су усмерена на успостављање имовинског стања у којем су се стране налазиле пре него што је наступила чињеница због које је дошло до наступања штете, односно до обogaћења. Разлика се састоји у томе што је тужба за накнаду штете усмерена на тужиочеву штету коју тужени треба да надокнади, док је реституторни захтев усмерен на неосновано стечену добит туженог коју мора да преда тужиоцу.

Тужба из обogaћења не претпоставља нужно постојање штете на страни осиромашеног лица.⁶⁴ Тако, на пример, тужени може да оствари корист искоришћавањем предмета који припада тужиоцу а да притом тужилац не

⁶² С. М. Kaehler, 128–129.

⁶³ *Ibid.*, 129 фн. 433.

⁶⁴ Супротно В. Капор, 86. Према његовом мишљењу, сличност између установе накнаде штете и правно неоснованог обogaћења огледа се у томе што је у оба случаја тужилац претрпео штету, с тим што је у првом случају реч о оштећењу саме имовине тужиоца, а у другом случају о њеном искоришћавању.

претрпи никакву штету. У том смислу, иако је захтев из обогаћења облигационоправне природе, он наглашава неприкосновеност права својине. Наиме, уколико је неко неовлашћеном употребом туђе ствари остварио корист, мора бити санкционисан чак и да власник ствари није претрпео штету. Обогаћени се обавезује на предају користи јер је неовлашћено вршио туђе својинско овлашћење. Искључивост права својине налаже да само власник може искоришћавати своју ствар или евентуално одлучити да ли ће и коме пренети привремено вршење неког од сопственичких овлашћења. Осим права својине, неосновано стицање користи може се догодити и у случају неовлашћене употребе другог апсолутног права (појединих личних права или права интелектуалне својине). Примена правила о неоснованом обогаћењу тада такође нису условљена наступањем имовинске штете титулара повређеног права.

Тужба за обогаћење и захтев за накнаду штете имају репресивну функцију, у чему се огледа још једна њихова сличност. Наиме, у оба случаја наступа догађај који узрокује промену имовинског положаја барем једне стране. Како се та промена не може правно оправдати, правни поредак врши њену корекцију, и то тако што налаже штетнику да из своје имовине надокнади проузроковану штету оштећеном или налаже обогаћеном да неосновано остварену корист преда лицу на чији терет је она стечена. Репресивна функција тужбе из обогаћења огледа се, дакле, у одузимању неосноване користи коју је на терет осиромашеног стекао обогаћени и њеном враћању лицу коме она припада (осиромашеном). С друге стране, репресивна функција тужбе за накнаду имовинске штете доводи до умањења имовине штетника за износ који је дужан да преда оштећеном и који одговара причињеној штети коју је проузроковао својим противправним понашањем.

Може се десити да су истовремено испуњени услови и тужбе из неоснованог обогаћења и тужбе за накнаду штете. У том случају тужиоцу је по правилу остављено да бира да ли ће подићи тужбу из неоснованог обогаћења или тужбу за накнаду штете.⁶⁵ Уколико одлучи да подигне тужбу из неоснованог

⁶⁵ Против пресуде другостепеног суда који је одбио жалбу тужиље и потврдио пресуду првостепеног суда с образложењем да се не може применити кондикција која долази у обзир само

обогаћења, она ће бити усмерена на вредност за коју се штетник обогатио тиме што је проузроковао штету. Због тога, ако је штета већа од обогаћења, корисније је да тужилац подигне тужбу за накнаду штете јер би му тужба из обогаћења донела само делимично задовољење. Међутим, чак и да је прво подигао тужбу из обогаћења, тужба за накнаду штете могла би да буде допунска тужба.⁶⁶ Наиме, ако је тужени најпре подигао тужбу из обогаћења јер му је она у погледу доказа била једноставнија, разлику до износа штете накнадно може захтевати тужбом за накнаду штете. Важна разлика између тужбе за накнаду штете и тужбе из неоснованог обогаћења огледа се у томе што се тужба из неоснованог обогаћења под одређеним условима може искључити ако је обогаћење нестало. На примену тужбе за накнаду штете у случају да је штетник стекао имовинску корист нема утицаја евентуални нестанак обогаћења. Осим тога, за неосновано обогаћење не захтева се кривица обогаћеног, док је за накнаду штете неопходно да постоји кривица штетника.

када у конкретном случају нема места примени друге тужбе поднета је ревизија Врховном суду Југославије. Одлучујући по ревизији ВСЈ је укинуо нижестепене пресуде наводећи следеће образложење: „...Ако постоји и неоправдано прибављање користи у вези са причињавањем штете, не може се овлашћено лице лишити права да бира правни основ накнаде. Таквог правног правила нема, а оно би било и у супротности са начелом да се нико не може неправедно и неоправдано на уштрб нечије имовине обогатити.” Вид. Решење Врховног суда Југославије Рев. 1962/65 од 16. јуна 1965. године, *Збирка судских одлука*, књ. 10, св. 2, Београд 1965, бр. 174. У аустријском праву такође се сматра да тужилац има право избора између тужбе из обогаћења и тужбе за накнаду штете. Вид. Stefan Perner, Martin Spitzer, Georg E. Kodek, *Bürgerliches Recht* (3. Auflage), Wien 2012, 354. Напротив, у француском и италијанском праву општа тужба из неоснованог обогаћења супсидијерног је карактера у односу на све друге тужбе. За француско право вид. Alain Sériaux, *Droit des obligations*, Presses Universitaires de France 1991, 297–299; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, Presses Universitaires de France, 2010, 418–419. За италијанско право вид. Paolo Gallo, „Arricchimento senza causa”, *Rivista di diritto civile*, parte seconda (1993), 682. и Barbara Cortese, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, Napoli 2013, 199–200.

⁶⁶ Богдан Лоза, „Однос тужбе из неоснованог обогаћења према тужби за накнаду штете и својинској тужби”, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево 1967, 153.

1.6. ВРСТЕ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

Према начину настанка, разликује се обogaћење настало: радњом осиромашеног лица, радњом обogaћеног лица, радњом трећег лица и природним догађајем.

Типични случајеви обogaћења насталог радњом осиромашеног лица су кондикциони случајеви (исплата недугованог, исплата која је извршена с обзиром на основ који се није остварио или је доцније отпао, исплата са неморалним или незаконитим циљем и др.). У обogaћење настало радњом обogaћеног лица спадају различити случајеви повреде туђег права, односно туђег заштићеног интереса, због чега често долази у обзир и примена грађанскоправне одговорности. У трећу групу обogaћења спадају случајеви такозваног посредног (индиректног) обogaћења када једно лице остварује корист на основу уговора других лица (*ex alieno contractu*). Осим те три групе, обogaћење може настати дејством природне силе (на пример, река однесе део туђе земље која је у власништву једног лица и нанесе је земљишту које припада другом лицу).

1.6.1. Обogaћење настало чинидбом осиромашеног лица

Ту врсту обogaћења карактерише то што је једно лице (осиромашени) свесно извршило одговарајућу чинидбу у корист другог лица (обogaћени).⁶⁷ Уколико се чинидба заснива на одговарајућем правном основу, стицање је коначно и нема места реституцији. Обратно, ако је стицање извршено без (одговарајућег) правног основа, стицалац је дужан извршити повраћај. Типични случајеви обogaћења насталог чинидбом осиромашеног лица су: исплата

⁶⁷ У немачкој литератури та врста обogaћења везује се за тзв. *Leistungskondiktion*. За разлику од римског права у којем се у почетку кондикција могла применити само за повраћај тачно одређене суме новца или тачно одређене ствари, у немачком праву *die Leistungskondiktion* се примењује за повраћај оног што може бити уговорено као предмет облигације а што је у конкретном случају извршено (предаја ствари, извршење рада, уздржавање од чињења и др.). Вид. Ernst von Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, Tübingen 1954, 348.

недугованог, исплата која је извршена с обзиром на основ који се није остварио или је доцније отпао, исплата са неморалним или незаконитим циљем и др. У римском праву то су били типични кондикциони случајеви: *condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel iniustam causam* и др.

Међу чињеничним стањима која припадају овој врсти обогаћења најзначајнија је исплата недугованог (*solutio indebiti*) када једно лице свесно изврши исплату другом лицу верујући да тако извршава своју обавезу према њему.⁶⁸ Ако постоји важећи правни основ исплате (обавеза између исплатиоца и примаоца постоји), нема места реституцији. Међутим, може се десити да је исплата извршена без правног основа (обавеза исплате уопште не постоји или обавеза постоји али не према примаоцу исплате или обавеза постоји али је не дугује исплатилац). У том случају, прималац исплате нема основа да задржи примљено па је обавезан да изврши повраћај.

У ту групу обогаћења спадају случајеви извршења чинидбе са (дозвољеним) циљем који се није остварио (*condictio causa data causa non secuta*).⁶⁹ Једно лице врши исплату очекујући да ће у будућности бити остварен циљ који је предочен примаоцу и чије наступање зависи од његовог понашања. Притом, циљ може представљати правни основ попут склапања брачног уговора (на пример, исплатилац предаје одређену суму новца будућем зету на име мираза очекујући да ће бити склопљен брак између исплатиоцеве ћерке и њега, у ком случају се циљ огледа у склапању брака)⁷⁰ или се може састојати у наступању неке фактичке околности попут завршетка студија (исплатилац додељује стипендију одређеном лицу са циљем да оно заврши студије)⁷¹. У римском праву кондикција за повраћај датог са циљем који се није остварио (*condictio ob rem*) настала је као допуна ограниченом римском контрактном систему. С обзиром на

⁶⁸ Чл. 1431 ABGB, чл. 1377-1381 CC, чл. 2036 Италијанског грађанског законика.

⁶⁹ Чл. 210, ст. 2 ЗОО, чл. 812. ст. 1. BGB, чл. 62, ст. 2 Швајцарског законика о облигацијама.

⁷⁰ Према чл. 210, ст. 2 ЗОО обавеза реституције настаје „и када се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао“ из чега произлази је за примену ове одредбе релевантан само циљ који се састоји у наступању одређеног правног основа (брак, уговор о зајму, купопродајни уговор, уговор о закупу и др). Вид. С. Перовић (1995), 496.

⁷¹ E. von Caemmerer, 347.

то да прост споразум (изузев у случају консензуалних контраката) није рађао уговор, једна страна извршава чинидбу са циљем да друга страна изврши противчинидбу. Дакле, давање са одређеним циљем (*datio ob rem*) није се темељило на уговору. Кондикција је у овом случају омогућавала лицу које је извршило своју „обавезу” а које није могло принудити другу страну да испуни своју да поврати барем оно што је дала.⁷² За разлику од римског права, у савременом праву прост споразум доводи до настанка уговора па се извршено давање темељи на правном основу, те друга страна уговорном тужбом може бити принуђена да изврши оно на шта се споразумом обавезала. Исто тако, уколико стране желе да уреде свој однос с обзиром на наступање одређене околности, то се може учинити модификацијом правног посла путем одложног или раскидног услова. У том случају услед остварења раскидног услова престаје правни посао па у обзир евентуално долази примена кондикције *ob causam finitam*. Због тога неки аутори сматрају да је прописивање реституције због неостваривања циља са којим је извршена чинидба (*condictio causa data causa non secuta*) реликт римских безимених контраката те да данас нема никаквог практичног правног значаја.⁷³

Следећи случај када до обогаћења долази чинидбом осиромашеног лица представља онај у коме је исплата извршена са неморалним или правно недозвољеним циљем (*condictio ob turpem vel iniustam causam*).⁷⁴ У чему се састоји неморалан циљ не може се унапред рећи јер се он одређује у односу на моралне вредности које владају у датом тренутку у одређеном друштву. Правно недозвољени циљ подразумева противправно понашање које треба схватити као свако понашање које представља негацију права.⁷⁵ То значи да су за његово утврђивање релевантни важећи правни прописи. У римском праву исплатиоцу је додељивана кондикција за повраћај датог под условом да сâмо давање није било

⁷² Могућност да страна која је своју „обавезу” испунила захтева од друге стране испуњење противчинидбе настала је тек са увођењем тужбе под називом *actio praescriptis verbis*.

⁷³ E. von Caemmerer, 346; С. Перовић (1995), 496.

⁷⁴ Чл. 1174 ABGB, чл. 66 Швајцарског законика о облигацијама, чл. 817 BGB.

⁷⁵ Јаков Радишић, „Противправност као засебан услов грађанске одговорности“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду (Анали ПФБ)*, 1–4/2001, 541.

неморално, односно противправно.⁷⁶ Тако, право на повраћај има лице које је извршило исплату са циљем да спречи друго лице да изврши кривично дело. У савременом праву важи слобода уговарања на основу које уговор настаје простом сагласношћу воља. Међутим, ако је уговор по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, он се сматра ништавим. Због тога се о повраћају извршеног на основу таквог уговора у европскоконтиненталном праву расправља у оквиру уговорног права.⁷⁷

Повраћај датог с обзиром на основ који је накнадно отпао (*condictio ob causam finitam*) обухвата случајеве у којима једно лице „дâ или учини нешто другом лицу на темељу основа који постоји у тренутку давања односно чињења, али доцније тај основ престане да постоји – ‘отпадне’, тако да се оно што је на основу њега дато или учињено појављује као правно неосновано”.⁷⁸ Притом, правни основ може престати из различитих разлога, зависно од његове врсте. Ако је у питању уговор, он престаје да постоји споразумом странака, поништењем, раскидом, немогућношћу испуњења. Закон престаје да постоји стављањем ван снаге при чему обавеза повраћаја извршеног на основу њега настаје само у случају обеснажења са ретроактивним дејством.⁷⁹ Ако не постоје посебне норме о датом правном основу које уређују дејство његовог престанка, на извршене чинидбе примењује се правило о овој врсти кондикције.

Од наведених случајева у којима једно лице (осиромашени) свесно извршава чинидбу у корист другог лица (обогаћени) за коју се из различитих разлога испостави да је неоснована (*condictio indebiti, condictio causa data causa*

⁷⁶ Под утицајем римског права неки савремени пореци не дозвољавају повраћај датог страни која је поступала неморално, односно противправно. Међутим, у ситуацији када су обе стране несавесно поступале а престацију је извршила само једна, правило *in pari delicto melior est conditio possidentis* доводи до неправичног решења будући да овлашћује такође несавесну страну да задржи примљено. Због тога се у многим земљама одустаје од правила *in pari delicto* па се или налаже повраћај у пређашње стање или се предмет извршења одузима и предаје трећем субјекту који заступа јавни интерес (у српском праву суд може да одлучи да страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији има седиште, односно пребивалиште. Вид. чл. 104, ст. 2 ЗОО).

⁷⁷ У англосаксонском праву повраћај извршеног на основу ништавог уговора врши се у оквиру права реституције. E. von Caemmerer, 345.

⁷⁸ С. Перовић (1995), 497.

⁷⁹ *Ibid.*

non secuta, condictio ob turpem vel iniustam causam, condictio ob causam finitam) треба разликовати случајеве такозваног наметнутог обogaћења који настају радњом осиромашеног који је најчешће у заблуди да дела у сопствену корист а у стварности њу стиче друго лице. Назив те врсте обogaћења указује на то да одређено лице остварује корист без обзира на своју вољу. Наметнуто обogaћење постоји, на пример, када једно лице погрешно верујући да је реч о његовој ствари изврши радове на туђој ствари на основу којих дође до повећања њене вредности.⁸⁰ Обogaћено лице било је пасивно приликом стицања користи која је наступила захваљујући понашању друге особе. На пример, савесни држалац (осиромашени) изврши побољшање на туђем земљишту, при чему власник земљишта (обogaћени) нема сазнање о томе. У наметнуто обogaћење спада и случај када једно лице предузима радњу у сопствену корист, али осим њега корист остварују и друга лица. Тако, особа која подигне брану да би спречила поплаву индиректно обogaћује и своје суседе који остварују корист од ње иако нису сносили никакве трошкове њене изградње.

Проблем настаје у одређивању случајева наметнутог обogaћења које треба санкционисати. Питање стварања обавезе реституције у случају наметнутог обogaћења осетљиво је због тога што у неким случајевима обogaћени уопште није желео да стекне корист (на пример, власник земљишта није заинтересован да побољша своју непокретност) већ је обogaћење настало искључивом активношћу осиромашеног. Зато је спорно у којим ситуацијама се обogaћеном субјекту треба наметнути обавеза реституције често нежељене остварене користи.

Посебан случај обogaћења насталог радњом осиромашеног лица је онај када једно лице свесно изврши исплату туђег дуга.⁸¹ Обogaћење овде одговара вредности угашене обавезе. Због тога исплатилац стиче право регреса од лица

⁸⁰ P. Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova 1990, 451 и даље. У немачком праву у том случају примењује се тзв. *Eingriffskondiktion*, коју карактерише неовлашћена употреба туђег добра. Вид. E. von Caemmerer, 352.

⁸¹ Чл. 218 ЗОО. У немачком праву накнада трошкова се остварује применом тзв. *Rückgriffskondiktion*. Од случајева неправедног обogaћења у којима се примењује та врста кондикције из чл. 812, ст. 1 BGB треба разликовати случајеве законске цесије који не спадају у неправедно обogaћење. Вид. више Gerhard Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*, Oxford 2009, 117–121; E. von Caemmerer, 362.

чију обавезу је угасио. У европскоконтиненталном праву свесна исплата туђег дуга је типичан пример пословодства без налога (*negotiorum gestio*), које је у законима прописано као посебан институт. Међутим, уколико у конкретном случају нису испуњене претпоставке које се траже за пословодство без налога (хитност, одсуство господара посла и др.) право регреса од господара посла чија је обавеза угашена остварује се применом опште тужбе из обогаћења.^{82, 83}

Друкчија је ситуација у англосаксонском праву у којем је изузетно важно начело да нико не може бити обавезан противно својој вољи⁸⁴, услед чега се у свим случајевима када је обогаћење последица понашања осиромашеног лица начелно искључује могућност реституције, изузев ако је престација претходно захтевана или накнадно одобрена. Англосаксонско право чак и у хитним случајевима када није могуће добити изјаву воље господара посла начелно одбија пружање заштите пословођи. Па ипак, то ригидно правило је ублажено изузецима.⁸⁵

1.6.2. Обогаћење настало радњом обогаћеног лица

У обогаћење настало радњом обогаћеног лица спадају случајеви неовлашћене употребе туђег добра.⁸⁶ Употреба се схвата широко и обухвата неовлашћено: стицање државине ствари у туђем власништву, коришћење ствари, потрошњу ствари, спајање, мешање и прераду ствари, располагање туђом ствари,

⁸² Вид. E. von Caemmerer, 361.

⁸³ Наш законодавац изричито додељује право регреса лицу које је посао обавило са намером да другоме помогне у ситуацији када нису испуњени услови за пословодство без налога (чл. 224 ЗОО). На то да је овде реч о тужби из обогаћења указује то што лице које је обавило туђ посао (осиромашени) има право на накнаду трошкова само у висини користи коју је остварио онај чији је посао (обогаћени).

⁸⁴ *Liabilities are not to be forced upon people behind their backs any more than you can confer a benefit upon a man against his will.* - „Обавезе не треба да се намећу људима иза њихових леђа више него што човеку може да се пренесе корист против његове воље.“ Bowen L. J., in Falchke v. Scottish Imperial Ins. Co., (1886) 34 Ch. D. 234, 248. *Нав. према* P. Gallo (1990), 546.

⁸⁵ *Ibid.*, 546–549.

⁸⁶ Неовлашћена употреба туђег добра у немачком праву сврстава се у обогаћење „на други начин“ (*in sonstiger Weise*) из чл. 812, ст. 1 BGB. Корист остварена употребом туђег добра санкционише се путем *Eingriffskondiktion*. Вид. E. von Caemmerer, 352.

повреду нематеријалног добра (интелектуалне својине и права личности).⁸⁷ С обзиром да је употреба неовлашћена, она представља повреду туђег права, односно туђег заштићеног интереса, због чега често долази у обзир и примена грађанскоправне одговорности. Право чијом повредом настаје корист може бити не само стварно право већ било које друго апсолутно право (право личности или интелектуалне својине), чак и потраживање.⁸⁸ Осим тога, последица повреде права не мора нужно да буде настанак штете за осиромашено лице. Напротив, може се десити да осиромашени, захваљујући томе што је неко неовлашћено употребио његово право, уместо штете остварио корист (на пример, када без дозволе аутора песма или композиција буде искоришћена у филму или буде емитована на радију након чега он постане популаран).⁸⁹ Обавеза реституције постоји без обзира на то да ли је титулар повређеног права претрпео штету. С друге стране, обим реституције зависи од тога да ли је повредилац био савестан. Уколико није знао нити је морао знати да употребљава туђе добро, обавезан је да исплати суму која се уобичајено плаћа за такву употребу (на пример, уколико је обogaћени искористио туђ грађевински материјал за изградњу, плаћа вредност материјала а не вредност грађевине).⁹⁰ Међутим, ако је био несавестан јер је знао да неовлашћено употребљава туђе добро, у теорији постоји мишљење да је тада обавезан да преда целокупну добит коју је остварио повредом права (ако је обogaћени свесно неовлашћено употребио туђ патент, обавезан је да преда целокупно остварени профит, а не само суму која се плаћа за добијање лиценце за његово коришћење).⁹¹ Тужба из обogaћења против несавесног повредиоца која је усмерена на предају целокупне добити у том случају остварује казнену функцију.⁹²

⁸⁷ Вид. *Eingriffskondiktion* § 812 BGB, <http://bgb.jura.uni-hamburg.de/agl/agl-812-eingriff.htm>, 4. новембар 2014.

⁸⁸ E. von Caemmerer, 354–355.

⁸⁹ *Ibid.*, 354.

⁹⁰ *Ibid.*, 356.

⁹¹ *Ibid.*, 359.

⁹² *Ibid.*, 360.

1.7. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ

За утврђивање одговорности за обogaћење треба доказати да имовина туженог има већу вредности од оне која би била да није дошло до неоснованог стицања и да је до тога дошло на терет имовине тужиоца. Притом, није значајно да ли се у имовини обogaћеног још увек налази конкретан предмет стицања који је довео до увећања његове имовине или не. Уколико се докаже да је обogaћење у корелативној вези са осиромашењем, тужени се обавезује на реституцију чији обим зависи од тога да ли је он савесно лице. Ако је тужени био савестан, биће обавезан на повраћај у обиму у коме обogaћење постоји у тренутку подизања тужбе, односно у тренутку када је дознао за неоснованост свог стицања. Отуда, уколико у време покретања поступка обogaћења више нема, тужени који је до тада био савестан биће ослобођен од одговорности (тзв. *Wegfall der Bereicherung*).⁹³ Смисао тог решења огледа се у томе да савесном лицу треба пружити могућност истицања приговора о смањењу односно нестанку обogaћења (ствар је пропала, уништена, потрошена, добродино је њоме располагао и др.). Тако, на пример, тужени који је примио поклон којим је даље бестеретно располагао може се бранити приговором о нестанку обogaћења. Да би тужени могао да се брани чињеницом о нестанку свог обogaћења, неопходно је да је био савестан у време када је дошло до нестанка обogaћења. Савесност подразумева да је тужени оправдано веровао у основаност и коначност свог стицања. Уколико је био несавестан (знао је да је корист стекао без правног основа или да стицање није коначно), не може се бранити приговором смањења односно нестанка обogaћења.⁹⁴

⁹³ Чл. 818, ст. 3 BGB и чл. 64 Швајцарског законика о облигацијама. Ослобођење од одговорности због нестанка обogaћења прописују још нека права попут португалског (чл. 479, ст. 2, чл. 480 Португалског грађанског законика), естонског (чл. 1033, 1035, 1038 Закона о облигацијама Естоније). У енглеском праву, одлука Дома лордова у случају *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* [1991] 2 AC 548 била је пресудна за уважавање одбране туженог о нестанку обogaћења (*change of position*). Вид. Robert Goff, Gareth Jones, *The Law of Unjust Enrichment*, London 2011, 14.

⁹⁴ Чл. 819, ст. 1 BGB.

Да би се искључила реституција, није довољно да је тужени био савестан већ је неопходно да је дошло и до нестанка обогаћења. Ако је тужени који је био савестан теретно располагао предметом користи, може још увек бити обогаћен за вредност коју је примио на име располагања. Тужени који је продао правно неосновано стечену ствар биће обогаћен у износу купопродајне цене. Због тога се, чак и када је тужени савесно лице, мора утврдити да ли у његовој имовини постоји сурогат стеченог предмета који је добијен на име располагања предметом обогаћења (најчешће тако што га је продао).⁹⁵ Уколико постоји, неће се сматрати да је обогаћење нестало већ да је само дошло до замене једног предмета другим, те да је обогаћени дужан да преда сурогат, који се углавном састоји у исплати новчане вредности. Тужени који је био несавестан строже одговара.⁹⁶ Он се не може служити приговором смањења или нестанка свог обогаћења, те одговара и када није више обогаћен. Уколико је у време остваривања користи био несавестан, обим његове одговорности процењује се према тренутку стицања, а не према тренутку подизања реституторног захтева.

1.8. ПРАВНА СРЕДСТВА ЗА СПРЕЧАВАЊЕ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

У европскоконтиненталном праву традиционална средства за спречавање правно неоснованог обогаћења јесу кондикција и верзиона тужба. Оба су настала у римском праву у вези са решавањем конкретних чињеничних стања. Кондикција је била цивилноправно средство које је служило за повраћај ствари коју је без правног основа стекло друго лице, док је верзиона тужба била врста преторских тужби са промењеним субјектом (*actiones per transpositionem*), на основу којих је патерфамилијас одговарао за контракте које су склопила његова потчињена лица.

⁹⁵ Чл. 818, ст. 1 BGB: „Обавеза на повраћај простире се на вучене користи, као и на оно што прималац прибави на основу добијеног права или као накнаду за поништај, оштећење или одузимање добијеног предмета.” Превод Ч. Марковић, 119.

⁹⁶ Немачки законодавац, у чл. 819, ст. 1 BGB, објашњава када се стицалац сматра несавесним: „Ако прималац при пријему зна за оскудицу правног основа или ако за њу дозна доцније, од пријема или од сазнања одговоран је за повраћај, као да је у то време почео спор за повраћај.” *Ibid.*, 120.

Међутим, временом се уочило да их повезује заједничка нит која се састоји у санкционисању неоснованог обogaћења једне стране на терет друге. Због тога се, почев од глосатора, настојало утврдити које од њих има функцију општег средства за спречавање правно неоснованог обogaћења. Различитост ставова о томе да ли функцију опште тужбе треба да преузме општа кондикција или верзиона тужба, има одјека и у савременом праву. Под утицајем Савињијевог схватања да је општа кондикција подобна да се примењује на све случајеве неоснованог обogaћења, савремена немачка литература општу тужбу из неоснованог обogaћења из чл. 812, ст. 1 (у чијој се формулацији уопште не употребљава термин кондикција) анализира у светлу различитих врста кондикција које су њоме обухваћене а које представљају различите начине настанка правно неоснованог обogaћења (*Leistungskondiktion*, *Eingriffskondiktion*, *Verwendungskondiktion*, *Rückgriffskondiktion*).⁹⁷ С друге стране, Потје (Pothier) није показао интересовање за формулисање опште теорије обogaћења, већ је као једини случај обogaћења признао кондикцију *indebiti*.⁹⁸ Ослањајући се на његово учење, у Француском грађанском законнику није прописана верзиона тужба, док је од кондикција прописана само кондикција *indebiti* (чл. 1376–1381). Увиђајући празнину коју је оставио Наполеонов кодекс у овој материји, Обри и Ро (*Aubry et Rau*), под утицајем схватања *Karl-a Salomo Zachariä*⁹⁹, створили су теорију о тужби *de in rem verso* као општој тужби из обogaћења без основа.¹⁰⁰ Теоријско утемељење допринело је да општа тужба из неоснованог обogaћења под називом

⁹⁷ Те врсте кондикција није познавало римско право већ оне представљају парадоксалну творевину немачке доктрине. Наиме, Савињи (*Savigny*) је од различитих врста кондикција настојао да створи општу тужбу из обogaћења, која је уведена чланом 812, ст. 1 BGB. Међутим, након доношења Немачког грађанског законика јавила се супротна тенденција међу теоретичарима, који општу тужбу рашчлањују тежећи да створе посебне фигуре као што су *Leistungskondiktion*, *Eingriffskondiktion* и *Verwendungskondiktion*, *Rückgriffskondiktion* и др.

⁹⁸ Tiziana J. Chiusi, *Die Actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001, 194.

⁹⁹ Први значајан корак ка стварању опште теорије обogaћења у Француској представљало је учење *Karl-a Salomo Zachariä* које је изразио у приручнику француског грађанског права. У првом издању свога приручника из 1808. године *Zachariä* је анализирао неколико чланова Француског грађанског законика (чл. 548, 554, 566) и закључио да у њима није реч о обавези која проистиче „из употребе наше имовине у корист другог (*ex versione in rem*)”. Сам аутор је истакао да се, упркос томе што Наполеонов кодекс нигде уопштено не разматра верзиону тужбу, на основу појединих чланова из њега може закључити да је *actio de in rem verso* римског, односно општег права прилагођена духу француског права. *Ibid.*, 195.

¹⁰⁰ Berthold Kupisch, *Die Versionsklage*, Heidelberg 1965 121; T. Chiusi, 195–196.

actio de in rem verso буде уведена у француско право одлуком Касационог суда у спору *Boudier* из 1892. године.

Међутим, различите врсте кондикција којима се објашњава чл. 812 Немачког грађанског законика, односно верзиона тужба коју је увела француска судска пракса представљају само коришћење античких назива иза којих стоји савремена установа – општа тужба из неоснованог обogaћења. Та тужба је уведена са циљем да се санкционишу сви случајеви правно неоснованог обogaћења који се не могу унапред предвидети. Другим речима, општа тужба је подобна да санкционише све врсте правно неоснованог обogaћења. Уколико су поједини случајеви правно неоснованог обogaћења уређени посебним одредбама¹⁰¹, нема потребе за применом опште тужбе из неоснованог обogaћења, већ се у конкретном случају примењују посебни прописи који га уређују. Због тога је општа тужба супсидијерног карактера у односу на посебне тужбе из неоснованог обogaћења. С друге стране, однос опште тужбе из неоснованог обogaћења и других тужби које нису примарно усмерене на санкционисање неоснованог обogaћења (најчешће тужбе за накнаду штете) различито је уређен у упоредном праву. Тако француско и италијанско право прописују њену супсидијерност у односу на све друге тужбе због чега се умногоме сужава обим њене примене. Напротив, у немачком и англосаксонском праву тужба из неоснованог обogaћења није супсидијерна већ тужилац сам процењује којом врстом тужбе ће најбоље остварити свој интерес.

Упоредноправни пореци деле се на оне у којима се законом прописује општа тужба из неоснованог обogaћења (попут швајцарског, немачког, италијанског права) и на оне у којима она није предвиђена (попут француског, аустријског, англосаксонског права). Међутим, у правним порецима који не познају законски уређену општу тужбу, услед потребе решавања свих ситуација у којима се јавља неосновано обogaћење, долази до њеног фактичког увођења. Тако је општа тужба из неоснованог обogaћења под називом *actio de in rem verso* крајем XIX века уведена у француско право захваљујући судској пракси. С друге стране,

¹⁰¹ За случајеве спајања, мешања, грађења на туђем земљишту вид. чл. 23–26 Закона о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ”, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ”, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС”, бр. 115/2005.

у аустријском праву, у недостатку опште тужбе, сви случајеви неоснованог обogaћења који не настају чинидбом осиромашеног лица решавају се применом чл. 1041 ABGB којим се уређује употреба туђе ствари. Широким тумачењем појма ствари који осим телесне ствари обухвата и стварна права на туђим стварима, потраживања, извршени рад, права интелектуалне својине и друго, та тужба се примењује у много ширим оквирима од оног који је изворно имала.¹⁰²

У законским текстовима често се посебно уређују поједини случајеви неоснованог обogaћења. Најзначајније од њих су исплата недугованог (*solutio indebiti*)¹⁰³ и пословодство без налога (*negotiorum gestio*).¹⁰⁴ Издвојено регулисање тих установа условљено је одређеним специфичностима које налажу извесно одступање од општег режима одговорности за обogaћење. Специфичност исплате недугованог огледа се у нешто другачијим правилима реституције од оних која важе за општу тужбу из неоснованог обogaћења. Исплатилац има право на повраћај неосновано исплаћеног без обзира на то да ли је прималац исплате још увек обogaћен у тренутку подизања тужбе. У случају исплате недугованог, дакле, нагласак је на неоснованом стицању, а не на неоснованом обogaћењу.¹⁰⁵ Чак и да је остварена корист касније нестала (потрошњом, случајном пропашћу, добротиним располагањем и сл.) прималац остаје у обавези према исплатиоцу. С друге стране, обавеза обogaћеног према осиромашеном може бити угашена уколико у међувремену обogaћење нестане. Под утицајем римског права, већина савремених поредака исплатиоцу додељује право на повраћај само уколико је био у заблуди да исплатом гаси постојећи дуг. За примену опште тужбе из неоснованог обogaћења не поставља се услов постојања заблуде тужиоца. Одговорност за неосновано обogaћење настаје без обзира на садржај свести обogaћеног, односно осиромашеног лица. Пословодство без налога заснива се на алтруизму и међуљудској солидарности, због чега га англосаксонско право, које је

¹⁰² Peter Apathy, Andreas Riedler, *Bürgerliches Recht Band III Schuldrecht Besonderer Teil* (4. Auflage), Wien 2010, 236.

¹⁰³ Чл. 2033–2040 Италијанског грађанског законика.

¹⁰⁴ Чл. 220–228 ЗОО, чл. 677–687 BGB, чл. 2028–2032 Италијанског грађанског законика.

¹⁰⁵ Cesare Sanfilippo, *Condictio indebiti – Il fondamento dell' obbligazione da indebito*, Milano 1943, 60.

индивидуалистички оријентисано, не познаје. Управо због тога што је пословођа имао племените намере јер је свесно предузео посао у туђем интересу, не сме бити доведен у ситуацију да због добротинства сноси имовинске губитке. Отуда се господар посла обавезује да пословођи надокнади све нужне и корисне трошкове које је имао услед обављања пословодства. Истовремено, не сме се дозволити да пословођа остварује корист од вођења туђег посла. Да би се спречило обogaћење пословође, прописује се његова обавеза да све користи које је стекао обављајући посао у корист другог лица преда ономе чији је посао.

Осим исплате недугованог, у законцима се у оквиру института неоснованог обogaћења често предвиђају још неки случајеви који су у римском праву уживали заштиту путем кондикција: исплата с обзиром на основ који се није остварио (*condictio causa data causa non secuta*), исплата извршена са неморалним или противправним циљем (*condictio ob turpem vel iniustam causam*), исплата извршена по основу који је доцније отпао (*condictio ob finitam*).

Уколико нека врста обogaћења није посебно прописана, општа тужба из обogaћења начелно гарантује санкционисање сваке од њих. Од тога који се услови за њу прописују зависи и обим њене примене. Тако, на пример, у француском и италијанском праву она долази у обзир само онда када тужиоцу не стоји на располагању ниједна друга тужба, због чега је њена примена неупоредиво мања него у немачком праву, у коме се услов супсидијерности не поставља.

ДРУГИ ДЕО: КОНДИКЦИЈА У РИМСКОМ ПРАВУ

2.1. НАСТАНАК КОНДИКЦИЈЕ

Порекло кондикције је остало недовољно расветљено. Неспорно је да је кондикција настала у римском праву, чијом је рецепцијом у средњем веку тај институт доспео до савременог права. За старији период римске правне историје не поседујемо изворне податке који говоре о пореклу кондикције. Многобројни текстови из каснијих периода садрже многа противуречна и често недовољно јасна решења која су последица не само различитих ставова класичних правника већ и бројних интерполација.¹⁰⁶

Кондикција је проистекла из легисакције *per condictioem* која је служила за покретање судског поступка, а која је уведена Силијевим законом (*lex Silia*) из 250. године пре н. е. и Калпурнијевим законом (*lex Calpurnia*) из 200. године пре н. е.¹⁰⁷ Нема поузданих доказа за ово тврђење јер су једини извор који непосредно говори о тој врсти легисакције Гајеве Институције (IV, 17а–20).

2.2. ДЕЛИКТНО ПОРЕКЛО КОНДИКЦИЈЕ

У архаичним правима, без обзира на неразвијеност права, зајам је био познат и раширен посао. „Зајам је чест, јер је честа и невоља”.¹⁰⁸ Задовољење потреба, чак и оних најпримитивнијих, у условима општег сиромаштва, налагало је међусобно испомагање које се може схватити као најстарији пријатељски зајам. У доба затворене кућне привреде, људи су се испомагали на основу пријатељских

¹⁰⁶ Постојале су две врсте интерполација: једна врста су промене које су настале током преписивања класичних дела у времену пре Јустинијанове кодификације, а друга врста су „интерполације у ужем смислу” које је извршила Јустинијанова комисија приликом израде Кодификације. Штавише „вероватно није било области приватног права у којој су се компилатори осећали толико слободни као приликом рада на текстовима који су се тицали неоправданог обогаћења, укључујући кондикције.” John P. Dawson, *Unjust Enrichment*, Boston 1951, 52–53.

¹⁰⁷ Могуће је да је легисакција *per condictioem* настала по узору на стари поступак који води порекло из гентилног уређења у коме су Римљани од припадника других племена захтевали повраћај ствари или људи за које су сматрали да су њихови. Вид. Јелена Даниловић, „Legisactio per condictioem и њено порекло”, *Зборник радова из правне историје посвећен Алберту Вајсу*, Београд 1966, 75–89.

¹⁰⁸ Обрад Станојевић, *Зајам и камата*, Београд 1966, 41.

и рођачких веза без закључивања правних послова. Отуда и позајмљена ствар остаје ван права те се њен повраћај није могао утужити. Међу комшијама и пријатељима ствари су се позајмљивале, при чему је зајмопримац имао моралну обавезу да врати ствар зајмодавцу по правилу онда када су околности то налагале. Позајмљивање је, дакле, имало више облик давања и примања поклона.¹⁰⁹ На такво испомагање међу комшијама и пријатељима које се темељило на размени ствари указује етимологија појма *mutuum*, који је изворно обухватао и употребу и потрошњу ствари.¹¹⁰ У почетку су се ствари предавале комшијама или пријатељима који су за њима имали потребе. Тек када би се на страни „зајмодавца” јавила потреба за том или неком другом врстом ствари, „зајмопримац” је враћао зајам. Јасно је да то није зајам у правом смислу речи јер није било извесно да ли ће се и када код даваоца ствари јавити потреба за употребом „позајмљене” или неке друге ствари. Тако се могло десити да прималац никада и не узврати давање свом комшији или пријатељу. Због тога то и није зајам у правом смислу већ је пре реч о поклону и узвраћању поклона. Када је затворена кућна привреда почела да слаби, јавила се подела рада, која собом доноси и потребу инстантне размене добара (ковач за исковану ствар одмах захтева жито којим ће се прехранити). Примање и узвраћање поклона које је до тада било главни облик размене добара губе своју доминантну позицију коју је тада заузела трампа, а касније купопродаја. У време затворене кућне привреде стицалац је узимао ствар без прецизно одређеног рока након чијег истека ће бити обавезан да врати исту ствар или да преда неку другу. Могло се десити да он никада и не изврши повраћај односно предају ствари уколико се код даваоца не јави потреба за њеним коришћењем. Са економским развојем размену добара почињу да остварују лица међу којима не постоје суседски и пријатељски односи, због чега давалац више није могао да рачуна на то да ће од стицаоца добити противдавање онда када се за њим буде јавила потреба. Због тога је он у тренутку

¹⁰⁹ Ulrich von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 93.

¹¹⁰ *Ibid.*, 94.

давања желео да зна када и којим правним средством може захтевати повраћај датог.

Стари посао римског права представља *nexum* путем кога је поверилац, по правилу патриције, давао зајам дужнику, најчешће плебејцу, који је заузврат вршио самопродавање које је, у случају да не врати зајам, доводило до персоналне егзекуције.¹¹¹ Међутим, Петелијевим и Папиријевим законом из 326. године пре н. е. којим се забрањује дужничко ропство из нексума долази до практичног укидања овог посла. Склапање стипулације дуго је било неприступачно перегринима, а примена експенсилације у то доба још увек није била развијена. Најпогоднији облик зајма, како међу Римљанима, тако и између Римљана и перегрина, било је неформално давање новца или других ствари на зајам. Међутим, *mutuum* у III веку пре н. е. још увек није представљао реалан уговор за чији настанак се, осим споразума странака, захтева и предаја одређене количине заменљивих ствари у својину. У доба када настаје легисакција *per condictionem* Римљани још увек нису имали изграђену представу о својини као стварном праву већ се интуитивно схватало да ствар која је дата на зајам припада зајмодавцу. Позајмљена ствар се због тога означава термином *aes alienum* јер је за зајмопримца она туђа те је стога треба вратити зајмодавцу. Другим речима, позајмљивање се састоји у једностраном преносу ствари која у будућности треба да буде враћена, због чега је пренос само привремен. Ако зајмопримац не врати позајмљену ствар, сматра се да противправно задржава туђу (зајмодавчеву) ствар, због чега правно санкционисање зајма насталог неформалном предајом заправо значи санкционисање противправне радње (деликта) која се огледа у неоснованом задржавању туђе ствари. Аутори се разликују по ставу да ли кажњиво дело неоснованог задржавања туђе ствари представља крађу¹¹² или деликт који личи на крађу.¹¹³

¹¹¹ Вид. више О. Станојевић (1966), 47–51.

¹¹² *Betti* је заступао је тезу да противправно задржавање поверене ствари треба посматрати као крађу (*furtum*). Emilio Betti, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma 1915, 34–35, фн. 2.

¹¹³ *Kaser* је сматрао да се противправно задржавање позајмљеног новца (*aes alienum*) не може сматрати крађом (*furtum*) премда је реч о деликту који личи на фуртум и усмерен је на дупли

Уколико је зајам још у време Закона XII таблица уживао заштиту, зајмодавац је позајмљену ствар могао захтевати применом легисакције *sacramento in personam*. У том случају легисакција *sacramento* морала је бити апстрактна, то јест и за њу као и за легисакцију *per conditionem* није се наводио основ потраживања. Против тог схватања истичу се примери које наводи Гај у Институцијама (IV, 11) о губитку спора у случају да тужилац уместо речи које указују на посечено стабло *de arboribus succisis* употреби речи *de vitibus succisis* које значе посечену винову лозу.¹¹⁴ Употребом неодговарајућег термина којим се означава разлог покретања поступка тужилац је онемогућен да даље води спор. Да је легисакција *sacramento* била апстрактна, не би било потребе да се приликом покретања поступка наводи због чега тужилац тужи, а још мање да се због погрешне употребе сродних појмова губи спор.

Ако се неосновано задржавање ствари окарактерише као деликтно понашање, може ли се кондикција која је усмерена на њен повраћај одредити као деликтно правно средство? У савременом праву детаљно је разрађен концепт грађанскоправне одговорности тако да се прави разлика између тужбе за накнаду штете која нема пенални карактер већ је усмерена на накнаду конкретно процењене штете и кондикције која представља тужбу усмерену на повраћај ствари која такође нема пенални карактер.

На ниском ступњу друштвеног развоја када се римско друштво налазило на прелазу из првобитне заједнице у државно уређење не само да није постојала подела различитих извора облигација већ није постојала ни разлика између приватног и јавног права. У дифузној заједници регулатор понашања су морал и обичајно право.

На деликтно порекло кондикције указује претпоставка да је легисакција *per conditionem* настала по узору на древни поступак који потиче из периода

износ ствари. Управо у тој деликтној тужби коју извори не спомињу Kaser види претечу кондикције. Као доказ он се позива на децемвиралну *actio in duplum* из депозита (Paulus, Sent. II, 12.11): *Ex causa depositi lege XII tab. In duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.* – „На основу оставе по Закону XII таблица допуштена је тужба на двоструки износ, а по преторском едикту на једноструки.“ Вид. Max Kaser, *Das Atrömische Ius*, Göttingen 1949, 286–289.

¹¹⁴ Вид. Julius Baron, *Die Conditionen*, Berlin 1881, 189; J. Даниловић (1966), 78.

гентилног уређења када су Римљани од припадника других племена захтевали повраћај ствари или људи које су сматрали себи припадајућим.¹¹⁵ Тај поступак је познат из описа који даје Тит Ливије у делу „Од оснивања града”. *Pater patratus* као римски изасланик објављивао је народу који је опљачкао Римљане захтев за повраћајем предмета пљачке (*res repetere*) и остављао рок од 30 дана. Таква објава *pater*-а *patratus*-а означавала се термином *condicere* односно *clarigatio*. Уколико у том року захтев није био испуњен, *rex* је о томе обавештавао сенат и тражио објаву рата у облику питања: „*Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec solverunt nec fecerunt, quas res dari fieri solvi oportuit, dic*“ ...*quid censes?* – „О овим стварима, сукобу и узроцима говорио је патер патрат Квирита, римског народа, патру патрата Старих Латина и људству Старих Латина. Они ове ствари нити вратише, нити извршише оно што је речено. Реци. ... да ли сматраш да ову ствар треба вратити, разрешити и извршити?“¹¹⁶ Оно што су Римљани захтевали од учиниоца деликта било је обухваћено речима: *res dari, res fieri, res solvi*. *Res dari* је означавало захтев за изручење опљачканих ствари, односно препуштање тих ствари поновном приступу Римљанима, *res fieri* је представљало извршење нечег једнако вредног као опљачкане ствари које су потрошене или уништене, док је *res solvi* значило плаћање глобе за насилнички акт пљачке.¹¹⁷

У прилог схватању по коме је стари поступак са странцима искоришћен као узор стварања легисакције *per condictionem*, говори и то да се у класичном

¹¹⁵ *Pernice* сматра да је кондикција створена по угледу на древни поступак са пегрегинима. Вид. Alfred Pernice, *Labes Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit III*, Halle 1892, 233. *Betti* такође износи став да је легисакција *per condictionem* представљала преузимање поступка *reciperatio* из *ius*-а *gentium*-а. Вид. E. Betti, 82 фн 1. Слично мишљење износи и J. Даниловић (1966), 83.

¹¹⁶ Titus Livius, *Ab urbe condita* I, 32. Превод Мирослава Мирковић, *Тит Ливије – Историја Рима од оснивања града*, Београд 2012, 67.

¹¹⁷ U. von Lübtow, 109–110.

праву, осим термина *condicere*, наилази на термин *repetere* у значењу захтева за повраћајем ствари која се држи без основа.¹¹⁸

Теорија о настанку легисакције *per conditionem* по узору на древни поступак из *ius-a gentium*-а који је имао за предмет повраћај опљачканих ствари, отетих људи или животиња, своје упориште има и у кондикцији за повраћај украдене ствари (*condictio ex causa furtiva*), која је у класичном праву по својим карактеристикама умногоме одступала од кондикције која се примењивала у осталим случајевима а која је претпостављала *datio*.

2.3. ОСНОВНА РАЗДОБЉА ИСТОРИЈСКОГ РАЗВОЈА КОНДИКЦИЈЕ У АНТИЦИ

2.3.1. ЛЕГИСАКЦИОНИ ПОСТУПАК *PER CONDITIONEM*

Гајеве Институције представљају једини извор који нас непосредно обавештава о легисакцији *per conditionem*.

Гај. *Inst.* (IV, 18): *Condicere autem denuntiare est prisca lingua. Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur; nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum ...nunc vero non propriae conditionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus Dari Nobis Oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.* – „*Condicere* у старом језику значи објавити (*denuntiare*). Отуда се тужба зове *condictio*, што је правилно, јер је тужилац објављивао туженом да дође на суд после тридесет дана да им се одреди судија. Сада се неправилно зову кондикцијама личне тужбе код којих у захтеву (*intentio*) стоји: ‘Треба да нам пренесе у својину [да да]’, јер у њима данас нема никаквог објављивања.”¹¹⁹ Из овог фрагмента произлази да је значење кондикције у доба у којем је настала било другачије од оног које јој се приписује у време Гаја.

¹¹⁸ D.12.6.1.1; D.12.6.2; D.12.6.2.1; D.12.6.5; D.12.6.6; D.12.6.6.1; D.12.6.6.2; D.12.6.6.3; D.12.6.7; D.12.6.8; D.12.6.10; D.12.6.11; D.12.6.12; D.12.6.13; D.12.6.13.1; D.12.6.16; D.12.6.17. и др.

¹¹⁹ Превод Обрад Станојевић, *Гај Институције*, Београд 1982, 255.

Гај (*Inst. IV, 19*) каже да је та врста легисакције уведена Силијевим и Калпурнијевим законом, међутим, он не наводи када су ти закони донети: *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Siliae certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.* – „Ову тужбу су увели Силијев и Калпурнијев закон, и то Силијев за одређену суму новца, а Калпурнијев за сваку одређену ствар.”¹²⁰ Премда се не зна поуздано тачан датум њиховог доношења, као приближне узимају се 250. година пре н. е. за Силијев и 200. година пре н. е. за Калпурнијев закон.¹²¹ Извесно је да је од три легисакције за покретање судског поступка легисакција *per condictionem* најкасније настала.¹²² Отуда Гај каже: *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, ualde quaeritur.* – „Много се расправља да ли је било пожељно увести ову тужбу када је оно што неко треба да нам пренесе у својину могло бити утужено било путем сакраментa, било путем *iudicis postulatio*.”¹²³ На основу тог тврђења закључује се да нова врста легисакције за покретање судског поступка није настала због тога да би се пружила правна заштита новонасталим односима.¹²⁴ Због чега је онда уведена легисакција *per condictionem*? Теоретичари дају различите одговоре на то питање. Сви они полазе од података које саопштава Гај, али у њиховом тумачењу постоје разлике.

По Гајевом тврђењу, легисакција *per condictionem* садржала је потраживање које је гласило на *dare oportere*, то јест да је тужени дужан да да. Међутим, важна разлика у односу на две старије легисакције састојала се у томе

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ О различитим мишљењима поводом година доношења Силијевог и Калпурнијевог закона вид. Ј. Даниловић (1966), 80, фн. 30.

¹²² Robert von Mayr, *Die Condictio des Römischen Privatrechtes*, Leipzig 1900, 41–43.

¹²⁴ За разлику од данашњег права, у римском праву нису постојала субјективна права којима је гарантована правна заштита кад год би она била повређена или угрожена. Напротив, субјективно право је настајало након настанка одговарајућег процесуалног средства којим се пружала заштита одређеној фактичкој ситуацији. Отуда се каже да у римском праву има онолико субјективних права колико има тужби за њихову заштиту. Притом, треба имати у виду да су појмови субјективно право, објективно право, материјално право, процесно право и сл. творевина модерне правне науке те се у контексту римског права само условно употребљавају да би се извели одговарајући закључци о његовим карактеристикама.

што се у поступку *per condictioem* није наводило на чему тужилац заснива свој захтев, односно није се наводио правни основ (*causa*). И Силијев и Калпурнијев закон предвидели су само то да се нова врста легисакције примењује за потраживање тачно одређене суме новца (*certa pecunia*), то јест за потраживање тачно одређене ствари (*certa res*) коју је тужени дужан да да (*dare oportere*) без навођења правног основа на коме тужилац заснива свој захтев.

Гај саопштава да је за нову врсту легисакције Силијев закон предвидео ограничење у погледу предмета спора који је могао бити само одређена сума новца (*certa pecunia*)¹²⁵, а према Калпурнијевом закону и свака одређена ствар (*omnis certa res*).¹²⁶

Тумачење појма *certum* (*certa pecunia* и *certa res*), који је представљао претпоставку примене легисакционог поступка *per condictioem*, а касније и формуларне кондикције, дали су римски јуриспруденти.¹²⁷ У одређењу израза *certa pecunia* у романистици је општепризнат став да је реч о тачно одређеној суми новца. Међутим, у погледу тога шта обухвата израз *omnis certa res* не постоји једногласност. Према једном мишљењу, тај израз се односи само на замењиве ствари различите од новца,¹²⁸ док, према другом схватању, обухвата и индивидуализоване ствари.¹²⁹ Неизвесност у утврђивању карактеристика легисакционог поступка настаје због тога што о њему говоре извори из доба када је он био далека прошлост. Стога није могуће извести поуздан закључак шта је у легисакционом поступку значио израз *certum*. Када је реч о формуларној кондикцији, чини се да је основано мишљење да су изразом *certum* биле

¹²⁵ За разлику од њега, поступак *per iudicis postulationem* могао се водити само у оним случајевима који су били предвиђени законом.

¹²⁶ Gaius, *Institutiones* (IV, 19)

¹²⁷ D.45.1.74; D.12.1.6; D.45.1.75. и D. 6.1.6.

¹²⁸ Романисти који сматрају да се радило само о заменљивим стварима заступају став да је легисакција *per condictioem* настала да би пружила правну заштиту пријатељском зајму (*mutuum*) чији су предмет управо биле заменљиве ствари. Вид. О. Станојевић (1966), 95–101.

¹²⁹ E. I. Bekker, „Zur Lehre von den Legisaktionen“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – ZSS 1904*, 59. Интересантно схватање заступа *Mayr*, који под изразом *certum* подразумева сваку дуговану чинидбу која се састоји у новчаном плаћању или предаји ствари која има одређену новчану вредност а која се утврђује према споразуму странака или према тржишној цени. Вид. R. Mayr, 24.

обухваћене како заменљиве ствари (које се одређују бројањем, мерењем и вагањем), тако и индивидуализоване ствари.¹³⁰ Притом, ствари су морале бити јасно одређене свим својим битним карактеристикама (*quid quale quantum sit*).¹³¹ Такође, морало се радити само о постојећим, а не и о будућим стварима.¹³² Имајући у виду много мању развијеност друштвених односа и правне свести, нереално би било закључити да се у доба легисакционог поступка захтевало много услова да би се предмет дуговане чинидбе означио као *certa res*. Отуда је могуће да се под одређеном ствари подразумевала свака ствар која се претходно налазила код тужиоца а која се у тренутку покретања поступка налази код туженог.

Предности легисакције *per condictionem* у односу на старије легисакције биле су једноставнији судски поступак (у којем нема полагања опкладе као код легисакције *sacramento*) и апстрактност која није захтевала навођење правног основа на којем тужилац заснива свој захтев (што се захтевало у легисакцијама *sacramento*¹³³ и *per iudicis postulationem*).

С обзиром на Гајево тврђење (*Inst. IV, 20*) да се исти циљ који се постигао легисакцијом *per condictionem* могао постићи применом две старије легисакције (легисакцијом *sacramento* и *per iudicis postulationem*) логично би било закључити да је нова врста легисакције уведена због тога што је имала неку врсту погодности за тужиоца коју није имао код старијих легисакција.

¹³⁰ Тако Guido Donatuti, „Le ‘causae’ delle ‘condictiones’”, *Studi di diritto romano II*, Milano 1977, 705–706; Antonio Saccoccio, *Si certum petetur dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, 29. Вид. Улпијанов текст у D.13.3.1. у коме се каже да се *conditio* (коју су компилатори назвали *triticaria*) примењивала за повраћај како заменљивих ствари (*sive in pondere sive in mensura constant*), тако и покретних ствари и земљишта (*sive mobiles sint sive soli*), затим D.12.1.4.1. где се додељује кондикција за повраћај ствари дате у залогу (*res pignori data*) која је могла бити индивидуализована.

¹³¹ D.12.1.6.

¹³² D.45.1.75.4.

¹³³ *Bekker, Pernice, Kaser, von Lübtow* сматрају да је и легисакција *sacramento in personam* била апстрактна. Вид. E. I. Bekker, 57; A. Pernice, 226; M. Kaser (1949), 284; U. von Lübtow, 122 и даље. Супротно мишљење заступају *Baron* и *Prichard*. Вид. J. Baron, 188; Alan M. Prichard, „The Origin of the legis actio per condictionem”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 261.

У литератури постоје мишљења да је циљ Силијевог и Калпурнијевог закона био не да пружи заштиту односима који су до тада били неутуживи већ да усаврше постојеће поступке. Тако *Freudenthal* сматра да легисакција *per condictioem* није настала да би се попуниле празнине у важећем праву, то јест да би се пружила заштита односима који до тада нису уживали заштиту, већ да би се олакшало покретање и вођење судског поступка.¹³⁴ Тиме он разлоге настанка ове врсте легисакције види у процесној економији која је одувек утицала на квалитет правне заштите, а тиме и на ефикасност правног промета. *Freudenthal* истиче да су односи који су добијали заштиту путем легисакције *per condictioem* раније били утуживи посредством легисакције *sacramento*.¹³⁵ Наиме, односи који су били пресудни за економски развој издвајају се и постају предмет регулисања легисакције *per condictioem* која побољшава њихову правну заштиту.¹³⁶ То се постиже захваљујући апстрактности нове легисакције јер се код ње не захтева навођење правног основа тужиочевог потраживања већ он само тврди да је тужени дужан да да одређену суму новца или одређену ствар. *Freudenthal* сматра да је легисакција *per condictioem* од самог почетка садржала идеју о забрани правно неоснованог обогаћења јер се путем ње омогућава повраћај оног што се без правног основа налази код другог лица.¹³⁷ Као потврду свог става наводи неколико фрагмената: D.12.5.6, D. 12.4.8, D.12.6.52, од којих посебно истиче први који казује да је Сабин био сагласан са мишљењем правника из доба републике да оно што се без ваљаног основа нађе код неког лица може од њега да се кондицира (*id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*).¹³⁸ По *Freudenthal*-у,

¹³⁴ Martin Freudenthal, *Zur Entwicklungsgeschichte der römischen Condictio*, Breslau 1911, 23. Слично схватање заступају *Kaser* и *Schwarz*. Вид. Max Kaser (1949), 284–289; Fritz Schwarz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen Römischen Recht*, Münster – Köln 1952, 277–281.

¹³⁵ M. Freudenthal, 22.

¹³⁶ Према мишљењу тог аутора, примена легисакције *per condictioem* налазила се у области пријатељског зајма, вербалног и литерарног контракта као реалног квазиконтракта (исплате недугованог). Вид. M. Freudenthal, 16. Иако на први поглед изгледа чудно што *Freudenthal* наводи пријатељски зајам као однос који је већ уживао правну заштиту пре него што је уведена легисакција *per condictioem*, у литератури се, нарочито немачкој, заступа став да се *mutuum*, пре увођења новог поступка, штитио легисакцијом *sacramento in personam*. Вид. M. Kaser (1949), 286.

¹³⁷ M. Freudenthal, 15.

¹³⁸ *Ibid.*, 15–16.

фрагмент D.12.5.6. изражава осећај правичности и доброг (*aequum et bonum*). Потоњи развој кондикције састојао се у примени и разради тог начела.

Ако је тачно да су односи који су се штитили легисакцијом *per condictionem* уживали заштиту путем старије две легисакције, треба утврдити у чему се састоји разлика међу њима. За разлику од легисакције *sacramento*, у легисакцији *per condictionem* није се захтевало полагање велике опкладе. Међутим, у легисакцији *per iudicis postulationem* такође нема полагања опкладе. Штавише, свечане речи које су се у њој изговарале биле су веома сличне онима које су се захтевале у легисакцији *per condictionem*.¹³⁹ Па ипак, важна разлика између тих легисакција састојала се у томе што се у поступку *per condictionem* није наводио правни основ (*causa*) на коме тужилац заснива свој захтев. Такође, Силијев закон је ограничио предмет спора на одређену суму новца (*certa pecunia*), а Калпурнијев закон на одређену ствар (*certa res*). За разлику од њега, поступак *per iudicis postulationem* могао се водити само у оним случајевима који су били предвиђени законом (у деобним споровима, а према Гајевом сведочанству и за потраживања из стипулације). Услед тога се легисакција *per iudicis postulationem* може сматрати посебним поступком у односу на легисакцију *sacramento*, која је имала општи карактер јер су се на основу ње могли решавати односи који нису били посебно прописани законом.¹⁴⁰ Легисакција *per condictionem* вероватно се примењивала у споровима мање вредности у којима стране нису имале интереса да полагају скупу опкладу због чега су желеле да избегну легисакцију *sacramento in personam*. Међутим, ако је избегавање полагања опкладе био разлог због којег се настојала заобићи легисакција *sacramento in personam*, то се није морало учинити стварањем легисакција *per condictionem* јер су стране лако могле да склопе стипулацију и тако омогуће да се спор међу њима реши применом легисакције *per iudicis postulationem*.

¹³⁹ За легисакцију *per condictionem* Гај (*Inst.* 4. 17) наводи: *aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere: id postulo aies aut neges*. Док код легисакције *per iudicis postulationem* тужилац изговара: *ex sponsione te mihi X milia sestertiorum dare oportere aio: id postulo aies an negas*.

¹⁴⁰ Gaius, *Institutiones* (IV, 13).

Чини се да је најприхватљивији одговор на питање због чега је било потребно увести нову врсту легисакције онај којим се истиче да се новом врстом легисакције пружала заштита односима који до тада нису уживали заштиту. Међутим, тада се доводи у питање Гајево сведочанство из Институција по коме се исти циљ који се постизао легисакцијом *per condictionem* могао постићи и применом две старије врсте легисакција. Не треба заборавити да је Гај писао о легисакционом поступку који је у његово време био далека прошлост те да и он сам често изражава резерве када о њему говори. Будући да су прави разлози и карактеристике легисакционог поступка остали непознати и самом Гају, све што се о том поступку може рећи остаје само хипотеза која не може бити доказана.

Један од аутора који сматрају да је легисакција *per condictionem* уведена стога да би се пружила заштита односима који су до тада били незаштићени јесте *Baron*. Он истиче да се код легисакције *per condictionem* није наводила кауза (*causa*), већ се израз *certum* односио на ствар која се потражује.¹⁴¹ Управо због тога што је била апстрактна, новом врстом легисакције пружала се заштита свим односима који су били засновани на доброј вери (*fides*).¹⁴²

Pernice такође сматра да је легисакција *per condictionem* настала како би се пружила заштита односима који до тада нису уживали заштиту. Према његовом мишљењу, та врста легисакције уведена је из разлога правичности јер путем ње оштећени може поново да стекне део имовине који се противправно налази код другог лица.¹⁴³ У почетку она је служила за утужење бесплатног зајма (*mutuum*) јер се сматрало да позајмљену ствар тужени држи без правног основа.¹⁴⁴ Међутим, постепено је тумачењем проширена на захтеве из обогаћења.¹⁴⁵ За разлику од бесплатног зајма који је добио заштиту тек легисакцијом *per condictionem*, стипулација и експенсилација су пре њега уживале заштиту путем легисакције

¹⁴¹ J. Baron, 188.

¹⁴² Иако је била апстрактна, кондикција није била *stricti iuris* тужба. Њена функција се огледала у заштити *bonae fidei* послова. *Ibid.*, 18.

¹⁴³ Pernice, 232.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 227–228.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 228.

sacramento.¹⁴⁶ Увођењем формуларног поступка формуле обе легисакције стопиле су се у једну која се користила за кондикцију *certi*.¹⁴⁷ Тако заштита сва три контракта (стипулације, експенсилације и зајма) постаје истоврсна и састоји се у примени формуларне кондикције.

Став да је легисакција *per condictionem* пружала заштиту односима који су до тада били неутуживи заступа и Ј. Даниловић.¹⁴⁸ Разлог увођења легисакције *per condictionem* она види у потреби санкционисања неформалне предаје новца лицу које нема права да га задржи. Најчешћи случај када је по новом поступку могао бити тражен повраћај новца представља бесплатан зајам. Осим њега, тим поступком пружала се заштита неформалним споразумима који ће тек касније постати консензуални уговори (купопродаја, ортаклук, закуп). Од доношења Калпурнијевог закона тај поступак се користио и за повраћај ствари које су дате на послугу, у оставу, у залогу и у другим случајевима када је склопљен неформални синалагматични споразум на основу којег је само једна страна извршила своју обавезу (предају ствари) те због неизвршења обавезе друге стране захтева повраћај датог. Новом легисакцијом вршио се и повраћај исплате недугованог и повраћај украдене ствари. Закључке о односима који су добили заштиту легисакцијом *per condictionem* Даниловић аргументује подацима о развоју римске државе и друштва у доба које је непосредно претходило доношењу Силијевог и Калпурнијевог закона.¹⁴⁹

¹⁴⁶ *Ibid.*, 226.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Вид. Ј. Даниловић (1966), 84–88.

¹⁴⁹ У време када је Силијевим законом уведена нова легисакција (половина III века пре н. е.) Рим је заузео Апенинско полуострво и почео је са новим освајањима која су најпре обухватила стратешки важне медитеранске земље. Будући да у то доба Рим више није био град-држава већ моћан освајач који је своје експанзионистичке намере успешно остваривао укључујући у границе своје државе разнородне народе, то је морало имати утицаја и на економско-правне односе који су захтевали другачије уређење саобразно новим околностима. Стварањем нових тржишта, развијала се трговина, што је имало за последицу прелазак са натуралне на робноновчану привреду. Уски оквири размене које је постављало строго формално старо цивилно право (*ius civile*) нису могли да задовоље измењене и новонастале потребе римског друштва. Добра вера (*bona fides*), која је у граду-држави у којој су се грађани међусобно познавали била успешан регулатор односа међу њима, изгубила је значај у многољудној мултиетничкој римској држави. Изигравање поверења прозоровао је пружање правне заштите односима који су у малој средини уређивани поштовањем моралних категорија. Отуда се може рећи да је слабљење морала утицало на јачање

Најзад, треба истаћи и *Prichard*-ов став да легисакција *per conductionem* уопште није представљала поступак у коме се водио спор и доносила пресуда већ да је то био поступак чија је сврха била формално обавештавање дужника да ће против њега бити вођен спор уколико у додатно остављеном року не изврши обавезу.¹⁵⁰ Тако схваћен легисакциони поступак *per conductionem* могао би се упоредити са данашњом опоменом пред тужбу. *Prichard* полази од Гајевог сведочења да израз *condicere* у старом језику значи *denuntiare*, објављивати,¹⁵¹ те да указује не на отпочињање потупка већ на претњу да ће поступак бити покренут ако у периоду од 30 дана дужник не испуни обавезу. Како је укидањем дужничког ропства из нексума 326. године пре н. е. поверилац лишен могућности да без спровођења судског поступка и без доношења пресуде изврши *manus iniectio* према дужнику који није вратио зајам, до принудног извршења могло је доћи само уколико је спроведен поступак *sacramento* или *iudicis postulationem*. Легисакција *per conductionem* полази од тога да дужнику треба оставити рок за добровољно испуњење, што се постиже врстом опомене да дугује и да треба да изврши своју обавезу. У том смислу се легисакција *per conductionem* може схватити као својеврсна интерпелација. Тек уколико дужник у року од 30 дана од опомене не изврши своју обавезу (не врати зајам), поверилац покреће редовни судски поступак који у случају легисакције *sacramento* претпоставља полагање скупе опкладе. У сваком случају, дужник ризикује да након доношења пресуде над њим буде спроведен извршни поступак *manus iniectio* који, иако од 326. године пре н. е. има блаже последице, ипак представља непогодност коју сваки дужник настоји

права које је преузело уређивање многих односа који су се у прошлости успешно регулисали поштовањем моралних норми. Неформални промет добара у новонасталим околностима захтевао је правну гаранцију која ће несавесне стране приморати да изврше оно на шта су се обавезале. Размена добара није се више вршила само међу римском грађанима (*cives*) већ и са перегринима, што је условило настанак посебног правног система (*ius gentium*). У измењеним околностима које карактерише настанак робноновчаних односа, слабљење улоге добре вере (*bona fides*) и обављање трансакција са перегринима многи пријатељски послови у које се пре свега сврставају зајам, послуга и остава морали су бити уређени на правним основама, а не само позивањем на добру веру и међусобно поверење страна које учествују у њима.

¹⁵⁰ A. Prichard, 265.

¹⁵¹ Gaius, *Institutiones* (IV, 18).

да избегне.¹⁵² Према *Prichard*-овом мишљењу, дакле, суштина новоуведене легисакције је вршење притиска на дужника да изврши своју обавезу у року од 30 дана, након чијег истека се (под претпоставком да дужник ни тада није вратио зајам) покреће судски поступак и доноси пресуда. С обзиром на став да нова врста легисакције није пружала заштиту пријатељском зајму већ је само представљала претњу зајмопримцу да ће, уколико у року од 30 дана не врати дуг, зајмодавац покренути редовни судски поступак, *Prichard* се приклања теоретичарима који сматрају да је пријатељски зајам уживао заштиту у поступку *sacramento in personam*.

Узимајући у обзир оскудне изворе о легисакцији *per conditionem* и предочена мишљења у литератури, могло би се извести неколико закључака. Најпре, порекло кондикције треба тражити у друштвено неприхватљивом понашању које је у периоду који непосредно претходи 250. године пре н. е. односно 200. године пре н. е. постало учестало а није се могло спречити постојећим правним механизмима, због чега се морала извршити законска интервенција. Друштвено неприхватљиво понашање може имати различите облике који зависе од степена развоја одређеног друштва. Развојем и променом друштвених околности многа понашања која су у прошлости била за осуду постају прихватљива, док се, с друге стране, јављају нови облици понашања који се настоје спречити. Легисакција *per conditionem* настала је као израз потребе санкционисања случајева у којима се ствар једног лица налази код другог лица које нема основа да је задржи. Губитак фактичке власти над ствари може се остварити на различите начине: 1) дотадашњи држалац може својеволјно препустити ствар другом лицу на привремено коришћење или потрошњу на основу споразума да ће добити нешто заузврат (исту ствар коју је предао или ствар исте врсте, количине, квалитета или неку другу ствар или да ће му бити извршена нека услуга); 2) држалац може бити лишен фактичке власти над ствари противно својој вољи (уколико је ствар украдена, силом отета, изгубљена и др.).

¹⁵² Петелијев и Папиријев закон забрањује да било ко, сем извршиоца деликта, може да буде окован и затворен. Убудуће дужник треба својим радом а не својом личношћу да одговара за дуг. Тиме је практично био укинут нексум. Вид. О. Станојевић (1966), 82.

Како у то време није била извршена подела извора облигација, правно средство погодно да санкционише најразличитије врсте друштвено неприхватљиво понашања била је легисакција *per condictionem* којом се могла захтевати тачно одређена сума новца, односно тачно одређена ствар која је на различите начине могла доспети у посед другог лица. Њоме су санкционисани не само односи у којима је постојало поверење и који су се заснивали на споразуму странака (пријатељски зајам, послуга, остава, залога) већ и деликтна понашања попут крађе. У класичном праву једна од „аномалија” кондикције за повраћај украдене ствари огледа се у томе што за њу није важило правило да онај ко може да виндицира не може да кондицира. Објашњење за то одступање заснива се управо на томе да легисакција *per condictionem* није претпостављала пренос својине на ствари већ само фактичке власти.

У време када је настала та легисакција, својина није била уобличена као правни појам те се није ни могло улазити у питање да ли је дотадашњи држалац власник или није. Примитивни ум не разликује својину од државине јер су за њега релевантне само опипљиве ствари (да ли неко физички поседује ствар или не). Отуда се није правила разлика између тога да ли је тужилац изгубио ствар својевољно (споразумом) или без своје воље (крађом, разбојништвом и др.). Једино је било релевантно да он више не поседује ствар и да са становишта ондашњег права и морала за то нема оправданог разлога. Помоћу легисакције *per condictionem* вршила се реституција ствари које су раније припадале једном субјекту а које су из различитих разлога (плачком, добровољном предајом ствари ради употребе, потрошње, чувања и др.) доспеле у фактичку власт другог субјекта који нема основа да их задржи.

2.3.2. ФОРМУЛАРНА КОНДИКЦИЈА

О постојању континуитета између легисакције *per condictionem* и кондикције формуларног поступка сведочи Гај (*Inst. IV, 18*). Пореди их, он не пориче њихову стварну повезаност, већ само указује на то да је у легисакцији *per condictionem*, *condicere* означавало *denuntiare*, то јест једностранни акт тужиоца

који се састојао у позивању туженог да након истека рока од 30 дана поново дође пред претора ради одређивања судије. Гај указује на то да ново значење кондикције у формуларном поступку одступа од оног које је имао термин *condicere* у легисакционом поступку те да се кондикцијама називају све апстрактне тужбе *in personam* које су усмерене на тачно одређену суму новца или тачно одређену ствар.

Приликом одређивања формуларне кондикције треба имати у виду да се са формуларним поступком који је уведен половином II века пре н. е. истовремено примењивао и легисакциони поступак, све до његовог укидања које је је извршено у доба Августа. Због тога се поставља питање не само како је изгледала формуларна кондикција већ и у каквом је односу била са легисакцијом *per conductionem*.

Иако су подаци о формуларној кондикцији на основу класичних фрагмената немерљиво бројнији од података о легисакцији *per conductionem*, није лако створити јасну слику о суштини и условима примене формуларне кондикције.

2.3.2.1. Факултативан формуларни поступак

Формуларна кондикција примењивана је истовремено са легисакционим поступком све док га Август није укинуо законом *lex Iulia de iudicis privatis*. Због тога се израз факултативна формуларна кондикција користи да би се указало на истовремену могућност примене легисакције *per conductionem* у периоду од доношења Ебуцијевог до доношења Августовог закона (*lex Iulia de iudicis privatis*).

Проблем представља то што се на основу извора који датирају из времена паралелног важења легисакционог и формуларног поступка не може поуздано закључити да је постојало правно средство под називом *condictio*. Због тога је изражено схватање да у време факултативног формуларног поступка уопште није

постојала тужба под називом *condictio*,¹⁵³ већ *actio certae creditae pecuniae* која је такође била апстрактна.¹⁵⁴

Према Ленеловој реконструкцији, *actio certae creditae pecuniae* имала је следећу формулу:

Titius iudex esto.

Intentio *Si paret Nm Nm Ao Ao sestertium*

Decem milia dare oportere,

Condemnatio *iudex, Nm Nm Ao Ao sestertium decem*

Milia condemnato.

Si non paret absolvito.^{155, 156}

Најважнији извор из периода факултативног формуларног поступка који говори о тој тужби јесте Цицеронов говор *Pro Quinto Roscio comoedo*.¹⁵⁷ Из њега се сазнаје да се *actio certae creditae pecuniae* примењивала на зајам¹⁵⁸, експенсилацију и стипулацију.¹⁵⁹

¹⁵³ Вид. М. Freudenthal, 26.

¹⁵⁴ Robbe сматра да *actio certae creditae pecuniae* није била апстрактна већ да се могла подићи у тачно одређеним случајевима (код зајма, експенсилације и стипулације). Отуда је формула те тужбе коју је понудио Ленел у реконструкцији Вечитог едикта (*Edictum perpetuum*) погрешна јер је по њему она апстрактна и не указује ни најмање на неки заједнички елемент зајма, експенсилације и стипулације. Вид. Ubaldo Robbe, „L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio”, *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma 1941, 68–77.

¹⁵⁵ Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum* (3rd ed.), Leipzig 1927, 237.

¹⁵⁶ „Тиције нека буде судија. Ако се докаже да N. N. (тужени) треба да дâ десет хиљада сестерција А. А. (тужиоцу), судијо, осуди N. N. да преда десет хиљада сестерција А. А. Ако се не докаже, ослободи га.”

¹⁵⁷ Детаљну правну анализу са интерполационистичким критикама овог Цицеровог говора дао је Н. Н. Pflüger, *Ciceros rede pro Q. Roscio Comoedo*, Leipzig 1904.

¹⁵⁸ *Datio* може значити давање ствари на зајам. Међутим, *datio* не треба изједначити са зајмом јер од њега има шире значење и односи се на сваку предају ствари чија је последица пренос својине. Тако, на пример, *datio* обухвата и исплату недугованог. Вид. U. von Lübtow, 85.

¹⁵⁹ Cicero, Marcus Tullius, *Pro Q. Roscio comoedo* (5. 14): *Pecunia petita est certa ... haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.*

Бранећи глумца Росција (*Roscio*) против кога је Фанио (*Fannio Cherea*) подигао тужбу тражећи 50 000 сестерција,¹⁶⁰ Цицерон доказује да нема места усвајању тужбеног захтева аргументовано истичући да између супротстављених страна није закључен ниједан од три уговора – зајам, експенсилација, стипулација. Иако у целокупном тексту нигде није употребљен термин *credita*, изричито се употребљава израз *pecunia petita est certa*,¹⁶¹ што представља управо карактеристику тужбе *actio certae creditae pecuniae*.

Увођењем формуларног поступка Ебуцијевим законом половином II века пре н. е. постепено се почео стварати римски контрактни систем, који је усавршаван делатношћу јуриспрудената. Развојем римске државе прешло се на развијену робноновчану привреду, која је условила настанак пријатељског зајма као посебног реалног уговора (*mutuum*).¹⁶² Као прототип реалних контраката, зајам се закључивао тако што је зајмодавац предавао одређену количину новца или других заменљивих ствари у својину зајмопримцу, при чему се стварала обавеза зајмопримца да по истеку одређеног рока зајмодавцу врати исту количину

¹⁶⁰ Фанио (*Fannio Cherea*) и познати глумац Росцио (*Quinto Roscio*) закључили су уговор о ортаклуку (*societas*), на основу кога је Фанио дао свог роба (*Panurgo*) Росцију да га подучи глумачкој вештини, те да приходе које роб буде остварио извођењем представа деле ортаци. Међутим, роба је убио Флавио (*Flavio da Tarquinia*), те је против убице Фанио у своје и у име Росција подигао тужбу за накнаду штете по Аквилејевом закону (*actio damni iniuria dati ex lege Aquilia*). Међутим, након литисконтестације (*litis contestatio*) Росцио је са Флавијем склопио нагодбу на основу које је примио земљиште. Фанио је тужио Росцију захтевајући 50 000 сестерција (по његовој процени толико је износила половина вредности земљишта) због тога што је сматрао да је та трансакција извршена у корист оба ортака. Како су бивши ортаци постигли компромис (*compromissum*) да реше спор мимо редовног судског поступка, изабрани судија *Pisone* предложио је решење спора тако што би Росцио платио Фанију дуплу суму (100 000 сестерција) од оне коју је захтевао Фанио, стога што је овај, подижући аквилејанску тужбу за накнаду штете за убиство роба, иступао као Росцијев когнитор (*cognitor*). Све то под условом да се Фанио рестипулацијом (*restipulatio*) обавезе да Росцију да половину суме коју ће примити на име накнаде штете за убиство роба (парницу ће даље водити искључиво у своје име). Росцио је предао Фанију 50 000 сестерција одмах, а остатак је требало да плати тек када од Фанија буде примио исплату на коју се овај обавезао рестипулацијом. У следу догађаја, Фанио је примио 100 000 сестерција на име накнаде штете за убиство роба. Упркос томе што од те суме није ништа дао Росцију, Фанио против њега подиже тужбу (*actio certae creditae pecuniae*) и тражи да му овај исплати преосталих 50 000 сестерција.

¹⁶¹ Cicero, *Pro Q. Roscio Comoedo* (IV, 13): *Iam duae partes causae sunt confectae; adnumerasse sese negat, expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat; praeterea enim quem ad modum certam pecuniam petere possit, non reperio.*

¹⁶² У правним изворима ређе се користи израз *mutuum* за означавање бесплатног зајма. (Gaius, *Inst.* III, 90). Много учесталији је израз *mutui datio*. Ово стога што *mutuum* означава узајамност, оно што је размењено, предмет размене, док се сам акт настанка уговора назива *mutui datio*. Вид. О. Станојевић (1966), 85-86.

исте врсте ствари истог квалитета коју је примио. Када је зајам настао као посебан реални уговор, израз *pecunia credita* почиње да се употребљава управо да би означио тај уговор.¹⁶³ Осим тог ужег значења, ствара се и шире значење израза *pecunia credita*, које означава сваки предмет престације која није модификована никаквим условом те се стога његово дуговање може означити као „сигурно”, односно неминовно.¹⁶⁴ О ужем и ширем значењу израза *pecunia credita* сведочи одломак из Гајевих Институција (III, 124): *Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum cum contrahitur obligatio certum est debitum iri, id est quae sine ulla condicione deducitur in obligationem. Itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur...* – „...Дугованим новцем називамо не само онај који је дат на зајам, већ сваку суму за коју је извесно да се дугује из закљученог уговора, тј. која је без икаквог услова предмет обавезе. Тако се овде убраја и новчани износ чију смо исплату уговорили за одређени дан, јер је извесно да ће бити дугован, иако се може захтевати после одређеног рока.”¹⁶⁵ Према томе, *pecunia credita* указује како на ствар која је дата на зајам (*pecunia data credendi causa*), тако и на предмет сваке дуговане престације која не садржи никакав услов чије би остварење утицало на њено постојање. Та два значења израза *pecunia credita* у уској су вези са пољем примене тужбе *actio certae creditae pecuniae*.

Осим зајма, *actio certae creditae pecuniae* примењивана је код експенсилације и стипулације. Њена примена у случају та два уговора произилази из ширег значења израза *pecunia credita* који упућује на предмет сваке дуговане престације која није модификована условом. Осим зајма, стипулација и експенсилација представљају једина два уговора која нису могла да садрже никакве услове. Сви остали уговори били су *bonae fidei*, при чему је код синалагматичних уговора дугована престација једне стране била условљена извршењем дуговане престације друге стране. Ако су једина два уговора која нису

¹⁶³ Вид. U. Robbe, 48-49.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 49.

¹⁶⁵ Прев. О. Станојевић, 209.

могла да садрже услове били стипулација и експенсилација, то не значи да се *actio certae creditae pecuniae* није могла применити на чињенично стање исплате недугованог. Напротив, израз *data pecunia* не означава само новац који је дат на зајам већ сваки новац дат *sine causa*,¹⁶⁶ због чега је *actio certae creditae pecuniae*, слично као и легисакција *per condictionem*, била апстрактна. Говорећи о тој тужби, Цицерон је навео њена три могућа основа због тога што су они највише одговарали чињеничном стању које је имао пред собом. Међутим, то не значи да је тужба била примењивана само у случају та три уговора.¹⁶⁷

Уколико је *actio certae creditae pecuniae* заиста била апстрактна, онда нема разлога да се не назове кондикцијом.¹⁶⁸ Управо због тога међу романистима влада мишљење да је *actio certae creditae pecuniae* други назив за кондикцију која је усмерена на повраћај тачно одређене суме новца (*condictio certae pecuniae*),¹⁶⁹ док је њој супротстављена кондикција усмерена на повраћај тачно одређене ствари (*condictio certae rei*).¹⁷⁰

2.3.2.2. Обавезан формуларни поступак

Августовим укидањем легисакционог поступка једини редован судски поступак постаје формуларни судски поступак. Из времена пре Гаја постоје многи

¹⁶⁶ М. Freudenthal, 29.

¹⁶⁷ Вид. Sonja Heine, *Condictio sine datione*, Berlin 2006, 21–26.

¹⁶⁸ Интересантан је *Mayr*-ов став да се у периоду паралелног важења легисакционог и формуларног поступка у овом другом употребљавала *actio certae creditae pecuniae* да би претор већ по називу могао да разликује који поступак ће се спроводити. R. Maug, 48.

¹⁶⁹ Да је реч о једној тужби сматрају *Baron, Freudenthal, Maug, von Lübtow*. Вид. J. Baron, 185; M. Freudenthal, 32; R. Maug, 49; U. von Lübtow, 136. Супротно мишљење заступа *Robbe*, који је сматрао да су то две различите тужбе. Вид. U. Robbe, 52.

¹⁷⁰ Према Ленелу, *actio certae rei* имала је формулу: *Si paret Nm Nm Ao Ao tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemnato*. – „Ако се докаже да N. N. (тужени) треба да да сто (мерних јединица) најбољег афричког жита А. А. (тужиоцу), судијо, осуди N. N. да плати његову вредност А. А. (тужиоцу).” Вид. O. Lenel, 239.

фрагменти који непосредно говоре о кондикцији, што наводи на закључак да је у то доба постојала тужба под називом *condictio*.¹⁷¹

Осим тога, постоје фрагменти из истог периода који спомињу *actio certae creditae pecuniae*,¹⁷² при чему остаје отворено питање у ком односу су биле те две тужбе, то јест да ли је реч о истом правном средству или не. Фрагментима из времена пре Гаја заједничко је то што кондикцију представљају као апстрактну тужбу која је усмерена на повраћај тачно одређене суме новца или тачно одређене ствари.

Од Гаја потиче неколико фрагмената који говоре о кондикцији.¹⁷³ Осим дотадашњег, он указује на ново значење кондикције (*Inst. IV, 5*): *Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fieri oportere intendimus, conductiones*. – „Стварне тужбе се зову виндикације, а личне, које у захтеву имају речи: ‘треба да пренесе својину или изврши чинидбу’, називају се кондикције.”¹⁷⁴ Дотада се кондикција користила само за повраћај тачно одређене суме новца или тачно одређене ствари. Из овог фрагмента произилази да се у време Гаја путем кондикције могло захтевати и извршење чинидбе (*fieri*), а у том случају је реч о кондикцији *incerti*.¹⁷⁵

2.3.3. КОНДИКЦИЈЕ ЈУСТИНИЈАНОВОГ ПРАВА

¹⁷¹ D.7.5.5.1; D.12.1.9.9; D.12.1.11.1; D.12.1.12; D.12.1.23; D.12.1.29; D.12.1.31.1; D.12.4.3.3; D.12.4.3.5; D.12.4.3.6; D.12.4.7; D.12.4.10; D.12.4.14; D.12.5.2; D. 12,5,4; D.12.5.4.2; D.12.5.6; D.12.6.26.7.; D.12.6.26.12; D.12.6.26.13; D.12.6.32.1.; D.12.6.32.3.; D.12.7.2; D.13.1.3; D.13.1.10.1.; D.13.1.10.3; D.13.1.13; D.13.1.14.2.; D.13.1.14.3; D.13.1.15; D.13.3.2; D.15.1.3.7; D.15.1.11.7; D.17.1.22.9; D.17.1.52; D.18.1.41.1; D.18.1.57; D.19.1.11.6; D.19.1.24.1; D.19.2.19.6; D.19.2.60.5; D.19.5.17.5; D.23.3.46.1; D.24.1.19.1; D.25.2.6.6; D.25.2.17.2; D.27.6.11.4; D.39.6.13; D.39.6.19; D.44.5.1.10; D.46.1.19; D.46.3.34.6; D.46.3.58; D.46.3.59; D.47.2.24; D.47.2.25.1; D.47.2.57 (56).4. и др.

¹⁷² D.38.1.4; D.12.1.8; D.17.1.34.

¹⁷³ Гај употребљава израз *condicere* у фрагментима: *Inst. II, 79; Inst. III, 91; Inst. IV, 18*. Потом, о кондикцији (*condictio*) говори у: *Inst. II, 79; Inst. III, 91; Inst. IV, 5,8,12,18,33; D.2.13.10.3; D.18.1.35.4; D.19.2.25.8; D.24.1.6; D.25.2.26; D.47.2.55(54).3*.

¹⁷⁴ Превод О. Станојевић, 249.

¹⁷⁵ M. Freudenthal, 41.

Завршну фазу античког развоја римског права представља Јустинијанова кодификација, у којој је извршена класификација кондикција у посебним насловима:

1. *De condictione causa data causa non secuta* (D.12.4), која је служила за повраћај онога што је једно лице дало другом очекујући да ће наступити одређени резултат, а он је изостао.

2. *De condictione ob turpem vel iniustam causam* (D.12.5) служила је за повраћај ствари примљене или са циљем извршења чинидбе која је у супротности с моралом, односно добрим обичајима (*turpis causa*)¹⁷⁶ или без ваљане каузе (*iniusta causa*).¹⁷⁷ Притом, ту кондикцију није могло употребити лице уколико је његово давање и само било неморално (на пример, подмићивање судије).¹⁷⁸

3. *De condictione indebiti* (D.12.6) исплата недугованог обухватала је неколико случајева, од којих је најважнији исплата непостојећег дуга при чему је лице које је платило било у заблуди да дуг постоји.¹⁷⁹ Плаћање треба схватити у ширем смислу те се под њега не подводи само новчано плаћање већ и преношење других ствари у својину (на пример, робова)¹⁸⁰, или установљење права (плодоуживања).¹⁸¹ *Condictio indebiti* је нашла примену и у ситуацији када је плаћено више од оног што се дугује¹⁸², затим када дуг постоји али га повериоцу није исплатио дужник већ лице које је у заблуди да дугује¹⁸³, као и када је исплату извршио дужник лицу за које у заблуди мисли да је његов поверилац.¹⁸⁴ Уколико

¹⁷⁶ *Turpis causa* постоји уколико је, на пример, плаћено да се не изврши светогрђе, крађа или убиство (D.12.5.2).

¹⁷⁷ D.12.5.6.

¹⁷⁸ D.12.5.3.

¹⁷⁹ D.12.6.1.

¹⁸⁰ D.12.6.19.3; D.12.6.32.3.

¹⁸¹ D.12.6.12.

¹⁸² D.12.6.19.4; D.12.6.25; D.12.6.45.

¹⁸³ D.12.6.19.1; D.12.6.65.9.

¹⁸⁴ D.12.6.65.9.

је прималац знао да дуг не постоји а примио је исплату, сматрало се да постоји крађа (*furtum*).¹⁸⁵

4. *De condictione sine causa* (D.12.7) није била општа тужба за повраћај неосновано стеченог већ је примењивана само у појединим случајевима неоснованог стицања предвиђених Кодификацијом.

5. *De condictione furtiva* (D.13.1) која је служила за повраћај украдене ствари.

6. *De condictione ex lege* (D.13.2) користила се у свим случајевима када је обавезу на повраћај ствари прописало царско право, а за то није предвидело посебну тужбу.

7. *De condictione triticaria* (D.13.3) представљала је нови назив за потраживање одређене ствари (некадашња *condictio certae rei*).

Осим тога, спомињу се још неке врсте кондикција попут: *condictio incerti*¹⁸⁶, *condictio possessionis*¹⁸⁷, *condictio ob causam finitam*¹⁸⁸. Међутим, оне нису добиле посебан наслов у Дигестама.

У класичном праву, делатношћу јуриспрудената разграната је примена кондикције на различите случајеве које су Јустинијанови компилатори груписали у посебне врсте кондикција, од којих су неке рецепцијом доспеле до савременог права. Због тога је Јустинијанова кодификација сигуран темељ за утврђивање утицаја римске кондикције на савремено право. Теоријско уобличење кондикционе одговорности мора поћи од Јустинијановог права као поузданог извора који представља сублимацију вишевековног развоја римске кондикције.

¹⁸⁵ D. 13.1.18.

¹⁸⁶ D.12.6.22.1; D.19.1.5.1; D.12.7.3; D.43.26.19.2; D.35.3.3.10.

¹⁸⁷ D.13.3.2.

¹⁸⁸ *Condictio ob causam finitam* служила је за повраћај ствари која је дата на основу ваљаног правног основа, али је он накнадно отпао (на пример, повраћај поклона након што је опозван, повраћај капаре пошто је купопродаја раскинута).

ТРЕЋИ ДЕО: КОНДИКЦИЈА И CAUSA

3.1. ПРЕТПОСТАВКЕ ПРИМЕНЕ КОНДИКЦИЈЕ – ОПШТИ ПОГЛЕД

Историја кондикције и њен капацитет сагледава се утврђивањем претпоставки њене примене које су се постепено формирале и које су одражавале степен развијености правног поретка. Измена постојећих и стварање нових друштвених односа представља процес својствен сваком друштву. Међутим, вишевековна римска историја оставила је трага и на поимање кондикције чији настанак сеже далеко у прошлост и прати промене кроз које је пролазило римско друштво. Због тога су претпоставке кондикције у непосредној вези са усавршавањем римског права, које се пре свега огледало у креативној делатности римских правника.

Не може се поуздано закључити не само због чега је легисакциони поступак *per condictionem* уведен већ ни колико је било поље његове примене. Једино сведочанство о том поступку даје Гај, који пише са временске дистанце од неколико векова, због чега ни њему самом није јасно поводом којих односа је та легисакција уведена. Из његових Институција сазнајемо да се примењивала због тога што је дужник дужан да да одређену суму новца (*certa pecunia*) или одређену ствар (*certa res*). Када је реч о изразу *certa pecunia*, не постоје размимоилажења у његовом тумачењу и сматра се да је то тачно одређена сума новца. Напротив, приликом одређења израза *certa res* није сасвим јасно су које ствари њиме обухваћене. Како се за примену те легисакције није захтевало да је тужени власник ствари, могуће је да су се од њега могле потраживати и ствари које се манципују (*res mancipi*) и оне за чији пренос нија потребна манципација (*res nec mancipi*). Под претпоставком да је Калпурнијев закон донесен крајем III века пре н. е. када још увек није формирана правна свест о институтима стварног права, не може се очекивати да је приликом примене постојећег права релевантна била подела ствари на потрошне и непотрошне, заменљиве и незаменљиве ствари већ су све оне могле бити обухваћене изразом *omnis certa res*. Као доказ тог неразликовања истиче се да Римљани у почетку нису правили разлику између позајмног и потрошног зајма те да су тек формирањем послуге и оставе као реалних уговора почели да разликују непотрошне и потрошне ствари.

Треба такође имати на уму да је зајам, пре него што је постао реалан контракт за који се у класичном праву, осим сагласности воља, захтевала и предаја одређене количине заменљивих ствари у својину, у време доношења Силијевог закона представљао само фактичку предају новца (*actum re*), не у својину већ на коришћење, а обавеза да се врати настајала је не из уговора већ из чињенице да зајмопримац није имао право да задржи новац јер се сматрало да он припада зајмодавцу. Такође, у почетку није било релевантно да ли се враћа физички иста ствар или ствар исте врсте или можда друга врста ствари. Ово стога што је зајам у почетку схватан као врста поклона у случају када се зајмопримац нађе у невољи с моралном обавезом да, када зајмодавцу буде била потребна помоћ, зајмопримац узврати поклон.^{189, 190} Отуда је предмет узајамних поклона могао бити различит у смислу да је зајмодавац давао једну ствар, а касније можда имао потребу за ствари друге врсте. Да узврати поклон, зајмопримцу су у почетку налагали морал и обичај, који су у малој средини били ефикасни регулатори друштвених односа. Ширењем римске државе, која је у време доношења Силијевог и Калпурнијевог закона била на прагу да постане моћна империја која у своје границе укључује различите народе, *fides romana* није више пружала довољну заштиту. Многи односи који су се раније заснивали на поверењу странака у приликама многољудног и мултикултуралног друштва морали су добити правну заштиту. Средство које је одговорило новонасталим потребама била је легисакција *per condictionem*. Она је пружила заштиту односима који су до тада били засновани само на поверењу, али је због своје апстрактности и процесне економичности (јер се за њу није захтевало полагање скупе опкладе), омогућавала

¹⁸⁹ О томе да је зајам првобитно почивао на идеји узајамног поклона говори то што термин који означава римски бесплатан зајам (*mutuum*) потиче од индоевропског корена *mei, moi* који означава размену. Он је такође у вези са речима *munus, eris* којима се означавају узајамни и обавезни поклони. Вид. О. Станојевић (1966), 33.

¹⁹⁰ Пре него што је постао пријатељски акт, постоји мишљење да је зајам у почетку био искључиво једностран, најчешће насилни акт зајмопримца (*capere*) који се састојао у одузимању ствари и где воља зајмодавца није играла никакву улогу. Касније, када се зајам почео схватати као пријатељски акт, захтевало се да поверилац (зајмодавац) буде сагласан са одузимањем ствари и тада зајам добија структуру *dare-accipere*, при чему одузимање ствари без давања противвредности налаже повраћај. Отуда *dare* у почетку значи препустити, дати ствар зајмопримцу да је својим актом узимања присвоји. Осим пасивног акта зајмодавца, потребан је активан акт зајмопримца. Такво чињенично стање касније је уобличено у теоријски концепт *re obligari* у које пре свега спада зајам и исплата недугованог. Вид. U. von Lübtow, 135.

да се путем ње расправљају и односи који су већ уживали правну заштиту. Отуда се претпоставка примене нове легисакције огледа у томе да је једна страна била дужна да другој страни да одређену суму новца или одређену ствар. Због тога што се није захтевало да тужилац наведе на основу чега је тужени њему дужан, било је могуће да се утуже потраживања која су настала из различитих разлога (зајма, послуге, оставе, крађе, исплате недугованог и др.).

О томе да се у случају легисакције *per condictionem* није захтевало да је тужени власник ствари говори то што се у каснијем праву у коме је важило правило ко може да кондицира не може да виндицира и обратно јавља изузетак у погледу повраћаја украдене ствари. Наиме, једино када се потражује украдена ствар, против лопова се може елективно подићи кондикција (*condictio furtiva*) и реивиндикациона тужба (*actio rei vindicatio*). Кондикција за повраћај украдене ствари управо је реликт легисакције *per condictionem* код које се није захтевало да се ствар налази у својини туженог. Штавише, у време примене те легисакције појам својине није био изграђен. Доцније, када је *dare oportere* добило значење пренети у својину, да би се применила кондикција, било је неопходно да је тужени постао власник ствари. Једино се за кондикцију за повраћај украдене ствари није захтевао нови услов да кондикциони дужник мора бити власник ствари јер лопов иначе не може стећи својину на украденој ствари. Поставља се питање због чега се онда у односу на лопова прави изузетак и дозвољава примена реивиндикационе тужбе и кондикције када обе имају исти циљ, а то је повраћај ствари. Гај даје објашњење у Институцијама (IV, 4) да је то због мржње према лоповима (*odium furum*). Међутим, за могућности примене различитих правних средстава која имају исти циљ може се дати правно објашњење да се у случају пропасти ствари *rei vindicatio* гаси, али не и кондикција *ex causa furtiva* због тога што применом начела *fur semper in mora est* облигација постаје трајна (*perpetuatio obligationis*),¹⁹¹ па се лопов обавезује да плати вредност пропале ствари.

Ебуцијевим законом уведен је формуларни поступак на основу кога се јавља могућност примене формуларне кондикције. Током периода важења тог

¹⁹¹ D.13.1.8.1.

поступка претпоставке примене кондикције нису биле исте. У почетку је она, као и легисакција *per condictionem*, имала за претпоставку само то да је тужени дужан да да тачно одређену суму новца или тачно одређену ствар. То значи да се примењивала увек када се ствар једног лица нађе без ваљаног основа код другог лица. Ово правило налазимо у Улпијановом фрагменту у D.12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*. Правници из доба републике (*veteres*) сматрали су да има места примени кондикције увек када лице код кога се налази ствар нема ваљаног основа да је задржи (*causa retinendi* не постоји или је неважећа). Поље примене кондикције је тада било најшире јер се осим недостатка основа задржавања ствари није захтевао никакав додатан услов. Тако се, на пример, није захтевало да је лице код кога се налази ствар постало и њен власник, што значи да *dare* тада још увек није имало значење дати у својину,¹⁹² нити се захтевало да се ствар нашла код другог лица актом који се може приписати претходном држаоцу ствари (*factum dantis*). Отуда је јасно да у републиканско доба кондикција за повраћај украдене ствари (у Јустинијаново доба названа *condictio ex causa furtiva*) није представљала никакав изузетак као што је то била у класичном праву када је важило правило да се кондикција примењује за повраћај ствари која се налази у својини кондикционог дужника.

Новину у погледу услова примене кондикције представља фрагмент D.12.4.15, у којем Прокул изражава став да формула кондикције која је садржала израз *dare oportere* може бити примењена у конкретном случају једино ако је на туженог претходно пренета својина на ствари.¹⁹³ Тиме израз *dare oportere* добија значење дати, пренети у својину, па се нови услов за примену кондикције састоји

¹⁹² Тако G. Donatuti, 711; A. Saccoccio, 594. Примери у којима *dare* такође није значило дати у својину налазе се у изразима: *pignori dare* (Gaius, *Inst.* III, 200), *custodiam dare* (Gaius, *Inst.* III, 143; III, 162), *utendum dare* (Gaius, *Inst.* III, 144) и сл.

¹⁹³ У овом фрагменту ради се о следећем: тужиоцевог роба је тужени (*Attius*) осумњичио за крађу. Тужилац је предао свог роба туженом под условом да му буде враћен уколико тужени не докаже да је извршио крађу. Тужени је потом предао роба надлежном магистрату као да је роб ухваћен за време крађе и магистрат га је осудио на смрт. На питање да ли има места кондикцији, Прокул потврдно одговара једино уколико је тужилац пренео својину на робу туженом.

у захтеву да је тужени постао власник ствари која се потражује.¹⁹⁴¹⁹⁵ Међутим, у Дигестама постоје фрагменти из којих произлази да су у класичном праву, осим кондикције за повраћај украдене ствари, постојали још неки случајеви када се кондикција додељивала иако није постојала *datio*.¹⁹⁶

Следећу претпоставку примене кондикције изразио је Јулијан (D.12.6.33): између тужиоца и туженог мора да постоји *negotium contrahere/gerere* (посао, деловање). Међутим, тај *negotium* треба схватити не као правни посао у данашњем смислу (са свим условима који су потребни за његову пуноважност) већ као однос између два субјекта (тужиоца и туженог) који настаје актом тужиоца а који је прихваћен од туженог и који, по правилу, за последицу има пренос својине на ствари са тужиоца на туженог.¹⁹⁷ У изворима се кондикција додељује против савесног лица које је потрошило новац примљен на зајам од пословно неспособног лица.¹⁹⁸ Како пословно неспособно лице не може пренети својину јер не може располагати својом имовином, поставља се питање шта је основ примене кондикције у таквом случају.¹⁹⁹ Постоји став да се конзумпцијом примљеног

¹⁹⁴ У литератури се заступају различита мишљења поводом тога да ли је за пренос својине потребна пословна способност даваоца. Тако на пример *Alvaro d' Ors* сматра да је *dare* чисто реалан акт код којег се не захтева пословна способност странака, због чега и пословно неспособна лица могу предајом ствари пренети својину на њој. Супротног мишљења је *von Lübtow*. Вид. Вера Чучковић, „Неки проблеми римских кондикција“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево 1961, 298, 300.

¹⁹⁵ Класични правници непрестано су проширивали поље примене кондикције широким тумачењем елемента *datio*. Аналогно случајевима у којима је дошло до преноса својине на ствари (*datio*) која се потражује, кондикцију су примењивали и онда када је за предмет имала плодуживање (*ususfructus*) (D.12.6.12), службеност становања (*habitatio*) (D.12.6.65.7), извршење рада (*operae fabriles*) (D.12.6.40.2; D.12.6.26.12). Вид. G. Donatuti, 748–749.

¹⁹⁶ D.12.1.23; D.12.1.4.1; D.25.2.25; D.25.2.6.4.

¹⁹⁷ *Saccoccio* појам *negotio* тумачи као однос између две имовине (тужиоца и туженог) који настаје актом тужиоца који за последицу има пренос својине на ствари на туженог. Вид. A. Saccoccio, 282–292.

¹⁹⁸ D.12.1.12; D.44.7.24. *Donatuti* сматра да у том случају пословно неспособном лицу није била додељивана кондикција већ *actio de in rem verso*. Вид. G. Donatuti, 803.

¹⁹⁹ У литератури постоје различити ставови који су условљени схватањем појма *negotium*. Уколико се у случајевима D.12.1.12; D.44.7.24. *negotium* изједначи са реалним уговором о зајму за који је осим предаје ствари потребна и сагласност воља (*consensus*), јасно је да не постоји пуноважан уговор о зајму јер се као зајмодавац јавља пословно неспособно лице које нема правно релевантну вољу. Међутим, средњовековни правници су извели закључак да *consumptio nummorum bona fide* на неки начин конвалидира у почетку неважећи зајам. Та теорија се назива *reconciliatio mutui*. Вид. O. Станојевић (1966), 104; A. Saccoccio, 301–302.

новца остварују у имовини стицаоца ефекти еквивалентни онима који би настали у случају ваљаног преноса својине.²⁰⁰

Све до Гаја нема основа разматрати правну природу кондикције као уговорног или вануговорног правног средства због тога што је управо тај правник у Институцијама (III, 88) све облигације поделио на оне које настају из уговора и оне које настају из деликта. Притом, облигације које настају из уговора деле се на оне које настају: предајом ствари (*re*), свечаним речима (*verbis*), писаним актом (*litteris*) или неформалним споразумом (*consensu*).²⁰¹ *Re contrahitur* овде има широко значење јер су тим појмом обухваћени и извори облигација који се заснивају на правно дозвољеној радњи и споразуму странака (пр. *mutuum*) и извори који за свој основ имају правно дозвољену радњу али у погледу које не постоји споразум странака (на пример, исплата недугованог). Управо је ту другу групу извора Гај у свом доцнијем делу (*Res cottidianae*) издвојио у посебну категорију *variae causarum figurae*, из које ће, потом, у Јустинијановом праву настати посебан извор облигација назван квазиконтракти. Гајева заслуга се огледа у томе што је у сагласности воља препознао битан елемент одређивања врсте облигационог односа.²⁰² Отуда, код Улпијана појам *negotium contrahere/gerere* подразумева и сагласност воља уговорних страна да се обавезу одређеним уговором, те уговора нема уколико не постоји та сагласност.²⁰³

Гајевом поделом извора облигација стварају се услови за класификацију кондикција према томе да ли се право на њу рађа из уговорног или вануговорног односа. Отуда се код Папинијана први пут јавља назив *condictio indebiti*, која постаје парадигма вануговорне кондикције,²⁰⁴ док се код зајма примењује уговорна кондикција.

²⁰⁰ A. Saccoccio, 305.

²⁰¹ Gaius, *Institutiones*, III, 89.

²⁰² Још у Институцијама (III, 91) Гај увиђа да исплата недугованог има другачију правну природу од зајма. Према се у оба случаја примењује кондикција, за настанак уговора неопходан је субјективан елемент, то јест воља да се обавезеш.

²⁰³ D.12.1.18.1.

²⁰⁴ D.13.5.9; D.46.8.3; D.47.2.81.5 (и 7); D.34.1.8. (у овом последњем фрагменту једини пут се у Дигестама употребљава израз *actio indebiti*). A. Saccoccio, 522.

3.2. ПРАВНИ ПОЈАМ КАУЗЕ

Савремени правни појам каузе одликује многозначност. Његово основно значење поклапа се са значењем које кауза има у свакодневном говору. Тако се кауза употребљава да означи узрок, разлог, повод, побуду, правну ствар, правно питање, спорно питање итд.²⁰⁵ Ако се реч кауза употреби у различитим језичким конструкцијама, добијају се додатна значења. Тако, на пример, *causa efficiens* означава стварни узрок неке појаве, *causa finalis* крајњи узрок, крајњи циљ, *causa sine qua non* основни узрок, узрок без којег последица не наступа, *causa mortis* догађај који се везује за нечију смрт, *causa proxima* најближи узрок или циљ, *causa remota* најдаљи узрок или циљ, *causa efficiens* дејствујући узрок, *causa sufficiens* довољан узрок, *causa deficiens* недовољан узрок, *causa finita* решену, свршену ствар.²⁰⁶

У теорији грађанског права чини се да не постоји толико размимоилажења као у одређивању појма каузе. Тај спор је започео још у XVII веку када је француски аутор Дома (*Domat*) дао одговор на питање зашто настаје уговорна обавеза.

Постављање питања о разлогу због којег се стране обавезују у уговору уско је повезано са развојем консензуализма и стварањем савременог концепта уговора као сагласности воља која је усмерена на постизање облигационоправног дејства, без обзира на форму у којој је до ње дошло. Наиме, у време владавине формалних правних послова, правна дејства настају из предузете форме, без обзира на конкретне разлоге због којих стране приступају његовом склапању. Римско право, у првим фазама његовог развоја, карактерише строги формализам, за чији настанак није било довољно неформално постизање сагласности воља већ су стране морале извршити унапред прописану свечану форму.²⁰⁷ Развојем

²⁰⁵ Вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2012, 244.

²⁰⁶ Вид. више *Ibid.*, 244, фн. 684.

²⁰⁷ „Римски негоцијум није правни посао у данашњем значењу те речи због тога што неформална изјава воље којом би римски грађанин слободно одређивао које ће правне последице произаћи из закљученог посла није уживала правну заштиту.” А. Маленица, „О римском погледу

робноновчане привреде и укључивањем разнородних народа у римску државу почиње да слаби утицај религије на право, чиме се стварају услови за развој консензуализма. Значајан корак ка пружању заштите неформално изјављеној вољи представља стварање консензуалних уговора крајем републике, док је највећи домет римског права у том смислу остварен санкционисањем неименованих уговора у посткласичном праву. Па ипак, претпоставка пружања заштите простог споразума путем тужбе *praescriptis verbis* била је извршење чинидбе једне уговорне стране. Све док једна страна није испунила оно што је неформално обећала, постигнута сагласност воља није уживала никакву заштиту. Упркос чињеници да се на крају своје античке историје римско право приближило усвајању начела консензуализма, оно га никада није прокламовало на општи начин.²⁰⁸ Након смрти цара Јустинијана (565. године), западни део некадашњег римског царства освајају варвари који су били на много нижем степену цивилизацијског развоја него римско становништво у завршној фази своје историје. Замирање робноновчане привреде и „враћање” на натуралну привреду односи у заборав римскоправне институте који су били одраз индивидуалне приватне својине и који су у завршној фази свог развоја почивали на консензуализму који је представљао негацију некадашњег формализма и апстрактности.

Од VI века на рушевинама западног римског царства се у домену уговорног права уочава рестаурација архаичног формализма који одликују симболика и ритуал.²⁰⁹ Варварски народи који су населили те области били су на много нижем степену цивилизацијског развоја од оног који претпоставља развијену робноновчану привреду. „Облигационо право, као право промета, није

на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1–2/2008а, 175.

²⁰⁸ „Остаје чињеница, да ублажавање формализма у току историјске еволуције римског права, није довело и до његовог ишчезавања. Римско право није никада формулисало општи принцип консенсуалности, већ је пред крај своје историје, у толикој мери усвојило пакта и консенсуалне уговоре, да је првобитни формализам био у врло реткој употреби.” С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд 1964, 19.

²⁰⁹ *Ibid.*, 19–20.

развијено а правни послови се закључују у строго одређеним формама уз испуњење симболичких гестова.”²¹⁰

Због тога је требало да прође неколико векова да би формализам приликом склапања правних послова уступио место консенсуализму. Оживљавање консенсуализма долази у позном феудализму када се јавља грађанска класа као носилац робноновчаног промета која увиђа да је неопходно установити аутономију воље неспутане захтевима испуњења форме као претпоставке несметаног економског развоја. „Правни послови, као инструменти помоћу којих се правно обављала размена, никако нису смели бити препрека која би успоравала ту размену. Напротив, осећала се потреба да се правни послови брзо и лако закључују, како би омогућили што лакшу и несметану циркулацију економског добара.”²¹¹ Због тога формализам у XVI и XVII веку уступа место простом споразуму који постаје довољан за настанак уговора. Тиме се стварају предуслови за настанак класичног учења о каузи као разлогу обавезивања.

Проглашењу начела консенсуализма умногоме је допринело канонско право својим учењем о томе да лице које не изврши дато обећање чини обману која је равна греху.²¹² Међу канонистима је постојао вишевековни спор поводом тога да ли неиспуњење обећања треба да буде санкционисано световном или само духовном санкцијом. Настанак спора јавља се у XIII веку када је Јоханес Теутоникус (*Johannes Teutonicus*) изрекао да проста сагласност воља треба да ужива правну заштиту пред световним судом путем канонске тужбе *condictio ex canone*.²¹³ Та тужба неће бити примењена само ако је реч о забрањеним споразумима или оним који су противни добрим обичајима.

Насупрот тој доктрини у истом веку јавља се учење које је заступао папа Иноћентије IV (*Innocent IV*) према коме неформално постигнута сагласност не треба да ужива световну већ искључиво духовну санкцију *denunciatio evangelica*

²¹⁰ *Ibid.*, 20.

²¹¹ *Ibid.*, 7.

²¹² *Ibid.*, 8.

²¹³ *Ibid.*

која може довести до тога да лице које није извршило своје обећање буде искључено из цркве.²¹⁴ Током XIV века доктрина Јоханеса Теутоникуса постаје *communis opinio canonistarum*, што је имало за последицу учвршћивање појма каузе.²¹⁵ „Само они правни послови који имају ваљану каузу санкционисани су тужбом канонског права.”²¹⁶

Па ипак, у XV веку наставља се спор између представника две доктрине.²¹⁷ Препорука Тридентског сабора из XVI века о ублажавању примена анатеме имала је за последицу да следбеници става Иноћентија IV да једино анатема може бити санкција за неиспуњење обећања одустају од захтева за њеном применом.²¹⁸ Тако је принцип *ex nudo pacto oritur actio* превладао у канонском праву, али се убрзо проширио и на световно право.²¹⁹ У XVI и XVII веку принцип да прост споразум рађа право на тужбу усвајају француски теоретичари *Dumoulin*, *Loysel* и *Domat*. Усвајањем начела консензуализма, неформална

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Схоластичка филозофија је развила појам каузе захваљујући Аристотеловом учењу о проузроковању са којим је била упозната још рана схоластика посредством *Boethius*-а. Захваљујући Августину, у изградњи схоластичког учења о каузалитету одређену улогу имале су и Платонове идеје. Врхунац схоластичког учења представља дело Томе Аквинског (XIII век) који је у својим делима *Summa Theologica* и *Summa contra Gentiles* представио начела схоластичког учења о каузалитету које је утицало на средњовековну правну науку. Тома Аквински сагласно Аристотеловој подели све узроке дели на унуташње (*causae intrinsecae*) и спољашње (*causae extrinsecae*). Унутрашњи узроци могу бити двоврсни: материјални (*causa materialis*) и формални (*causa formalis*). Први одговарају на питање: из чега?, а други на питање: шта? Код првих је реч „о супстрату на који се делује, о супстрату који бива”, док други изражавају „одређеност неког бића, оно на основу чега супстрат који већ постоји прима ново бивствено стање”. Спољашњи узрок може бити делујући узрок (*causa efficiens*) или свршни узрок (*causa finalis*). Делујући узрок одговара на питање: одакле нешто?, а свршени узрок одговара на питање: чему? *Causa efficiens* представља узрок у правом смислу речи, док је резултат његовог деловања *causa finalis*. Другим речима, *causa finalis* представља циљ (*telos, finis*) коме се тежи а који се остварује услед делатног узрока (*causa efficiens*). Вид. више Милан Узелац, *Метафизика*, Вршац 2007, 102–106. Међусобна условљеност делујућег и свршног узрока изражава се начелом *cessante causa cessat effectus* које је значајно утицало на јуриспруденцију. О овоме Alfred Söllner, „Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, *ZSS* 1960, 196 и даље.

²¹⁶ С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 8–9.

²¹⁷ Канонисти *Francois de Zabarellis* и *Jean d'Imola* одбацују *communis opinio canonistarum* и даље развијају став Иноћентија IV, док *Nikolas de Tudeschis*, *Panormitanus*, *Nicolas ab Ausmo* заступају гледиште које је представљало *communis opinio canonistarum*. С. Перовић (1964), 9.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*

сагласност воља доводи до настанка уговора. Узимајући у обзир тако важну последицу, логично се наметнуло питање разлога који су стране определили да склопе споразум. Теоријско образложење разлога обавезивања преточено је у класичну теорију каузе.

Зачетник учења о каузи у савременом праву био је француски правник Дома (*Domat*). Одговарајући на питање зашто настаје уговорна обавеза, Дома уводи појам каузе као циља којем странке теже приликом преузимања уговорних обавеза.²²⁰ Притом, тај циљ се објективно посматра, због чега је увек исти у уговорима исте врсте. „Код двострано обавезних уговора обавезе странака једна другој узајамно служе као каузе; обавеза једне странке има за своју каузу обавезу друге странке.”²²¹ У једнострано обавезујућим уговорима кауза се огледа у предаји ствари те се једна странка обавезује према другој зато што је од ње већ нешто примила (тако се зајмопримац обавезује да зајмодавцу врати зајам јер га је од њега већ добио).²²² Мотиви странака да се уговором обавезу не узимају се у обзир, изузев уколико је реч о добротним уговорима у ком случају је кауза дужникове обавезе намера да се учини поклон (*animus donandi*).²²³ Дома се сматра родоначелником класичне теорије каузе, коју је наставио да развија Потије (*Potier*). За разлику од њега, Потије истиче субјективну (психичку) страну каузе, занемарујући њен објективни (економски) смисао.²²⁴ Према његовом мишљењу, свака обавеза мора имати „поштену каузу” (*une cause honnête*). Француски грађански законик, надовезујући се на Потијеово учење, уводи појам недозвољене каузе (*cause illicite*) који се у судској пракси афирмисао као противправан и неморалан правни посао.²²⁵ У другој половини XIX века јавља се теорија

²²⁰ С. Перовић, *Облигационо право I*, Београд 1980, 325.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ Андрија Гамс, „Кауза и правни основ”, *Анали ПФБ*, 2/1959, 162.

²²⁴ *Ibid.*, 162.

²²⁵ Француски грађански законик у чл. 1108 као услов ваљаности уговора прописује и допуштену каузу обавезе (*une cause licite dans l'obligation*). Ако је обавеза без каузе или има привидну каузу или је кауза недопуштена, обавеза нема дејство (чл. 1131). Притом, кауза је недопуштена ако је забрањена, противна моралу или јавном поретку (чл. 1133). Постојање допуштене каузе претпоставља се и када она није изричито наведена у уговору (чл. 1132). Терет доказивања недопуштене каузе отуда је на дужнику (туженом). Последица таквог правила о терету

антикаузалиста, који су порицали смисленост и потребу постојања каузе.²²⁶ У првој половини XX века Капитан (*Capitant*) установљава неокласичну теорију каузе. Он је класично учење о каузи у извесној мери изменио тиме што је истакао да је у двострано обавезујућим уговорима кауза обавезе једне уговорне стране извршење уговорне обавезе друге стране, а не само постојање обавезе, како је тумачила класична теорија.²²⁷ Тај аутор сматра да кауза чини саставни део изјаве воље која ствара обавезу и представља непосредни правни циљ због кога се странке обавезују.²²⁸ Међутим, у случају добротичних уговора Капитанова теорија се враћа на посредан мотив – *animus donandi*.²²⁹ Управо захваљујући поларизацији ставова, који иду од неопходности постојања каузе до њеног потпуног обесмишљавања, заступници и једне и друге теорије настојали су да пронађу што јаче аргументе како би потврдили сопствено и оповргли супротно гледиште. Узајамна критика је допринела стварању раскошне теоријске мисли о појму каузе која ни данас не јењава. Отуда се у објашњењу каузе уочавају три различита правца: један се карактерише субјективним, други објективним поимањем каузе, док се трећи заснива на комбинацији прва два правца.²³⁰

доказивања јесте то да се француско право практично приближава правним порецима (попут немачког и швајцарског), који као претпоставку ваљаности уговора не захтевају постојање каузе обавезе. С обзиром на то да у одређеном броју случајева тужени дужник неће моћи да докаже непостојање односно недопуштеног каузе обавезе, он ће морати да изврши обавезу која нема (допуштено) каузу. Вид. Саша Никшић, „Кауза обавезе и сродни институти у поредбеном праву”, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 4/2006, 1066.

²²⁶ Теорија антикаузалиста настала је у Белгији, али је добила велики број присталица и у француској теорији. Према њиховом мишљењу, кауза се меша са предметом уговора или са сагласношћу воља. Планиол (*Planiol*) је тако истицао да се у двострано обавезујућим и реалним уговорима појам каузе меша са појмом предмета. Код купопродаје, у случају пропасти продате ствари, обавеза купца да плати цену гаси се не зато што је престала кауза већ зато што уговора нема јер је пропао његов предмет. С друге стране, код добротичних послова кауза се меша са сагласношћу воља. Отуда у одсуству *animus donandi* уговор је ништав не због одсуства каузе него због одсуства сагласности воља. Вид. А. Гамс (1959), 162; С. Перовић (1980), 325–327. О представницима антикаузалистичке теорије вид. више Јожеф Салма, „Кауза облигационих уговора”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2006, 180–181.

²²⁷ Henri Capitant, *De la cause des obligations*, Paris 1924, 195.

²²⁸ А. Гамс (1959), 162.

²²⁹ Н. Capitant, 438–439.

²³⁰ Присталице субјективног схватања каузе истичу да она представља одлучујући мотив који покреће странке да изјаве вољу чијом сагласношћу долази до закључења уговора. Према објективном схватању, кауза се уопште не доводи у везу са вољом странака већ се она разматра у економским оквирима. Кауза је „факт који чини имовинску равнотежу између обвезаних лица”. С

За разлику од француских, немачки теоретичари су у дефинисању каузе имали битно другачије нормативно полазиште. Пре свега, у немачком праву кауза обавезе није услов ваљаности уговора. Немачко право је специфично због тога што велику важност придаје апстрактним правним пословима, од којих је посебно значајан стварни уговор (*dinglicher Vertrag*), којим се преноси својина или друго стварно право.²³¹ Он не садржи каузу већ се она налази у основном уговору (*Grundgeschäft*) из кога сазнајемо зашто су се стране споразумеле о преносу својине или другог стварног права. Основни правни посао стога може бити купопродаја, поклон, једнострано обећање награде, трампа и др. Из основног правног посла настаје обавеза закључења стварног уговора који је, сам по себи, довољан да произведе стварноправно дејство. Наиме, чак и да основни правни посао није пуноважан, сагласност странака о самом преносу довољна је да до њега дође. Међутим, уколико је до преноса дошло на основу неважећег основног правног посла, примењује се институт неоснованог обогаћења који поништава извршени пренос стварног права које се враћа преносиоцу. Неостварење каузе не дира у дејство стварног уговора, али може узроковати поништење већ произведеног дејства путем установе правно неоснованог обогаћења. Немачки

обзиром на то да објективно схватање каузу посматра у односу две имовине (као економски еквивалент), оно је проширује и на вануговорне односе, нарочито на материју правно неоснованог обогаћења. Објективно схватање има тешкоће да објасни каузу добротних уговора, па се јављају различити ставови који варирају од тога да код њих кауза уопште не постоји до тога да је треба видети у одлуци поклонодавца да не захтева еквивалент. Мешовито схватање каузе узима у обзир и субјективан и објективан елемент. Тако, на пример, француски правник Мори (*Maury*) код двострано обавезујућих уговора каузу види у жељеном еквиваленту, при чему се објективни елемент огледа у економском еквиваленту, док се субјективни елемент огледа у вољи да се добије еквивалент. Код добротних уговора кауза представља одсуство жељеног еквивалента. Родоначелник неокласичне теорије каузе Капитан (*Capitant*) субјективни и објективни елемент усклађује тако што каже да кауза представља остварење циља обавезивања. Свако се обавезивање врши са одређеним циљем (субјективни елемент), међутим, за разлику од класичне теорије по којој је циљ једне стране обавезе друге стране, Капитан истиче да је циљ једне стране извршење обавезе друге стране. Реализација обавеза по правилу има имовинске ефекте, због чега у њој треба видети објективни елемент. Према том схватању, кауза не постоји увек када није дошло или не може доћи до извршења обавезе друге стране, што је случај не само онда када се одбија извршење обавезе већ и када оно постане немогуће услед пропасти ствари и сл. Неокласична теорија разликује мотив и циљ, при чему само циљ чини део каузе. Међутим, изузетно, мотив постаје део каузе онда када је реч о неморалном или забрањеном мотиву и који „оба уговорника води истом циљу”. Вид. С. Перовић (1980), 327–331; Атила Дудаш, *Кауза облигационих уговора* (необјављена докторска дисертација), Нови Сад 2011, 60–66.

²³¹ Према чл. 929 BGB: „За пренос својине на једној покретној ствари тражи се да власник предаје ствар прибавиоцу и да се обојица сложе о томе да својина пређе.” Превод А. Гамс (1959), 168, фн. 26.

аутори се, међутим, не слажу у томе да ли суштину каузе треба видети у правном или економском ефекту.²³² Немачки грађански законик је под утицајем Ленела (*Lenel*) усвојио објективно схватање каузе посредством установе неоснованог обогаћења.²³³ Међутим, трагови субјективног схватања које је заступао Виндшајд (*Windscheid*), које је било усвојено у првом пројекту Немачког грађанског законика, уочавају се у чл. 812 BGB.²³⁴ Према тој одредби, „дејство правног основа изједначава се са резултатом²³⁵ којим се остварује циљ правног посла”.²³⁶ Утврђивање циља претпоставља анализу воље која је карактеристична за субјективно схватање каузе.

Уочава се да је разлика између француског и немачког права у поимању каузе. Наиме, у француском праву „кауза обвезе решава питање како разлози због којих је дужник преузео обвезу делују на ваљаност уговора којима је обвеза преузета”.²³⁷ Кауза обавезе стога има уже значење јер указује на једну од претпоставки ваљаности уговора. У француском праву облигациони уговор има транслативно дејство те је подобан да пренесе својину. Отуда, уколико кауза обавезе не постоји или није допуштена, не само да нема пуноважног уговора већ нема ни преноса својине, а у том случају нема потребе ни за применом правно неоснованог обогаћења. У немачком праву, својина се стиче апстрактно, без

²³² Тако према Цителмановом (*Zittelmann*) мишљењу, кауза изјаве воље релевантне за установљење обавезе огледа се у правном циљу. Таквом схватању супротставља се Шлосман (*Schlossmann*), који у каузи види економски циљ који странке имају на уму па се стога сврстава у присталице објективног схватања каузе. Аргументујући свој став он сликовито каже: „Ко склапа један посао –мислимо пре свега на имовинске послове – његова намера је управљена у првом реду не на ‘правне последице’ него на економске. Купујем вино да напуним свој подрум; најмим кућу да бих себи уредио дом. Мора бити нарочити фантаста онај који би на питање зашто је наручио крзно код крзнара одговорио да га није наручио због зиме него зато да би стекао захтев за предају крзна, или један *actio empti*; да је ургирао испоруку и примио не да би га употребио при јаком мразу, него да би његовом предајом стекао својину и да би тако био у стању да одбије евентуална мешања трећих лица у његово коришћење крзном...” *Нав. према* А. Гамс (1959), 166.

²³³ С. Перовић (1980), 328 фн. 683.

²³⁴ Према чл. 812, ст. 2 BGB обавеза повраћаја „постоји и онда када правни основ доцније отпадне или када не наступи успех, који је, према садржини правног посла, био циљ чинидбе”. Превод Ч. Марковић, 118.

²³⁵ За разлику од Марковића, који *der Erfolg* преводи као успех, Гамс употребљава термин резултат. Вид. А. Гамс (1959), 165.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ С. Никшић, 1081.

обзира на постојање и ваљаност основног уговора, односно другог правног основа (*Rechtsgrund*). Кауза није претпоставка пуноважног закључења уговора већ представља сâм облигациони уговор у значењу правног основа (*Rechtsgrund*) на темељу кога се закључује стварни уговор. Уколико је облигациони уговор неважећи, стицање својине до кога је дошло на основу стварног уговора сматра се неоснованим, због чега се примењују правила о правно неоснованом обогаћењу. За разлику од каузе обавезе француског права која представља каузу *finalis*, *Rechtsgrund* немачког права не представља разлог обавезивања већ правни основ, то јест каузу *efficiens* субјективног грађанског права.²³⁸ Иако се *Rechtsgrund* може превести као кауза, њу не треба постовећивати са каузом обавезе француског права.²³⁹

Наше право прописује да свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ,²⁴⁰ чиме се приклања француском праву и њеној каузалистичкој теорији.

3.3. КАУЗА У РИМСКОМ ПРАВУ

Систематско проучавање каузе почиње у XVII веку када је Дома (*Domat*) створио класичну теорију каузе. Међутим, појам каузе правној науци познат је још из римског права, у којем се он користио у различитим значењима. Управо

²³⁸ С. Никшић, 1080–1081.

²³⁹ Осим правног основа (*Rechtsgrund*), немачко право познаје и основ правног посла (*Geschäftsgrundlage*). Тај институт је развијен као одговор на проблеме изазване инфлацијом новчаних обавеза између два светска рата. Од 2001. године, када је извршена реформа немачког облигационог права, основ правног посла уврштен је у BGB (чл. 313) у делу у којем се уређује утицај промењених околности на уговор (*clausula rebus sic stantibus*). Та установа се примењује онда када након закључења пуноважног уговора наступе околности које би, да су их уговорне стране могле предвидети, довеле до склапања уговора другачијег садржаја или уговор уопште не би био склопљен. Страна која услед нових околности доспе у неповољан положај може захтевати измену уговора или одустанак од њега. Иако основ правног посла подсећа на каузу обавезе, реч је о различитим установама. Основна разлика се огледа у томе што у француском праву кауза обавезе представља услов пуноважности уговора, док основ правног посла није претпоставка његове пуноважности. Правни посао је у тренутку закључења пуноважан, али ако наступе промењене околности штетне (барем) за једну страну, она стиче право да захтева измену уговора или уз испуњење још неких услова може да одустане од њега. Основ правног посла појављује се, дакле, као разлог који оправдава измену или одустанак од уговора. Вид. више С. Никшић, 1090–1093.

²⁴⁰ Чл. 51, ст. 1 ЗОО.

због тога што римски правници нису систематски теоријски обрадили појам каузе, стиче се утисак да се све заслуге за утемељење тог правног појма приписују француским ауторима. Римски јуриспруденти нису могли створити трактат о појму каузе јер нису били склони теоријском промишљању. Они су пре користили казуистички метод рада који полази од проналажења „доброг и правичног” решења у конкретном случају. Римска правна наука „није тежила као данашња правна наука да на догматски начин конструише појам ‘кауза’, да би потом даље објашњавала зашто каузе нема у свим пословима, зашто дефинисани појам није примењљив на све уговоре и сл. Римска јуриспруденција пришла је проблематици каузе на рационалан начин, свесна да се кауза, као и суштина права, не може објаснити само правном аргументацијом”.²⁴¹ Чињеница да римски правници нису створили теорију каузе у савременом смислу не сме навести на погрешан закључак да су у домену разматрања каузе они постигли мање вредне резултате од савремене науке. Напротив, значења каузе која су се искристалисала у њиховим делима упућују на то да савремено схватање каузе своје корене има у фрагментима римских правника. Савремени теоретичари су, користећи се развијеним појмовним апаратом, продубили идеје о каузи које су зачете у римско доба и систематски их уобличили стварајући заокружена учења.

3.3.1. РАЗЛОГ КОНТРАКТНЕ ОБАВЕЗЕ У РИМСКОМ ПРАВУ

Римска казуистика показује да су римски правници настојали да утврде разлог контрактне обавезе (престације). Тим поводом они нису употребљавали термин кауза (*causa*). Довођење у везу појма каузе са уговорном обавезом дело је модерних аутора. У савременом праву термин кауза има уже правно значење од оног које се среће у римском праву. Под утицајем развоја консензуализма и аутономије воље, Дома утемељује класичну теорију каузе која се везује за уговорно право. Од тада па до данас кауза се по правилу употребљавала да значи разлоге настанка уговорне обавезе. У модерном праву не постоји сагласност

²⁴¹ А. Маленица (2008а), 195.

поводом тога да ли је кауза уговора исто што и кауза уговорне обавезе.²⁴² За класичне римске правнике није постојала та дилема јер се њихова разматрања о каузи престације не разликују од разматрања каузе самог контракта.²⁴³ Разликовање каузе контракта од каузе контрактне обавезе има смисла у порецима који признају начело аутономије воље приликом склапања уговора. Према том начелу, које прихвата и савремено српско право, стране у облигационим односима слободне су да, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, своје односе уреде по својој вољи.²⁴⁴ Уколико склопе неименовани уговор, стране уговорнице саме одређују његову садржину, односно саме одређују циљ тог уговора. Како је хипотетички могуће склопити безброј различитих неименованих уговора, то значи да сваки од њих одликује различита кауза. Ако се прихвати став да се кауза уговора одређује чисто објективно те да представља типизирани циљ уговора одређене врсте, из тога произилази да у случају неименованих уговора, који нису типизирани, нема смисла говорити о каузи уговора већ само о каузи уговорне обавезе коју су стране имале на уму и која их је побудила да се обавезу.

У класичном римском праву постојао је тачно одређени број типизираних контраката чију садржину и форму уговарачи нису могли мењати. Отуда је сваки контракт имао себи својствен циљ, па се и кауза уговорне обавезе датог контракта могла унапред одредити. „Због тога јуриспруденција у казуистици о контрактима каузу престације не тражи у међусобном односу самих престација, већ у економском и друштвеном циљу који су стране имале у виду када су се

²⁴² Осим непостојања сагласности поводом тога шта представља каузу уговора, у савременој теорији постоје и различити ставови о томе да ли је кауза контракта исто што и кауза контрактне обавезе. Према једном мишљењу, реч је о идентичној идентичној правној правној појави за коју се употребљавају два различита израза, те кауза контракта и кауза контрактне обавезе представљају синониме. Према другом мишљењу, то су различити појмови који се разликују по томе да ли узимају у обзир унутрашње побуде за заснивање обавезе. Према томе, кауза контракта објективно је одређена и представља типизирани циљ уговора одређене врсте. Она је независна од унутрашњих побуда страна. Тако је, на пример, кауза уговора о купопродаји могућност стицања права својине на ствари, односно новцу. С друге стране, кауза контрактне обавезе представља циљ ради којег се страна контрактом обавезује. Међутим, за разлику од каузе контракта, кауза контрактне обавезе обухвата и субјективне елементе, то јест побуде из којих страна закључује контракт. Вид. С. Никшић, 1095-1096; А. Дудаш, 15–17.

²⁴³ А. Маленица (2008а), 191.

²⁴⁴ Чл. 10 ЗОО.

споразумевале.”²⁴⁵ Па ипак, издваја се Гајево мишљење. Разматрајући консензуалне контракте, он истиче да разлог обавезе треба тражити у споразуму којим су се уговорнице обавезале на извршење међусобних престација.²⁴⁶ Другим речима, разлог обавезе једне стране представља извршење обавезе друге стране.

Већина консензуалних уговора представљала је средство тржишне размене, која је подразумевала узајамност престација од којих се једна по правилу састојала у плаћању накнаде за извршену контрапрестацију. Изузетак је уговор о налогу (*mandatum*) који је међу консензуалним контрактима једини био бесплатан. Тај контракт се не везује за тржишно привређивање јер је поникао из рођачких и пријатељских веза у којима је било неморално захтевати накнаду за извршени рад. Тако Паул наглашава да мандат не производи дејство уколико је уговорена накнада за рад налогопримца због тога што је разлог настанка тог контракта осећај дужности и пријатељства.²⁴⁷ На основу тога се може закључити да је разлог преузимања уговорне обавезе налогопримаца (мандатара) испуњење моралне обавезе коју има према налогодавцу (манданту).

Развој римског контрактног система остварен је путем пактова који су добили правну заштиту „управо стога што постојећи систем типских уговора, са типизираним правним последицама, није могао да подржи све врсте кауза које су стране желеле постићи”.²⁴⁸ Врхунац развоја римских контраката јесте пружање правне заштите безименим контрактима у којима су стране биле слободне да саме уреде садржај уговора. Како се није радило о типским уговорима које одликује утврђени економски и друштвени циљ, кауза неименованих уговора није се могла унапред одредити. Упркос томе, римски правници су истицали да је за настанак

²⁴⁵ А. Маленица (2008а), 191.

²⁴⁶ D.44.7.2.3. *Gaius libro tertio institutionum: Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.* „...у овим (консензуалним – А. М.) контрактима један је обавезан другом због онога што треба међусобно испунити у складу с добрим и правичним”. Превод А. Маленица (2008а), 190.

²⁴⁷ D.17.1.1.4. *Paulus libro 32 ad edictum: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.* – „Налог је ништав ако није бесплатан: наине рађа се из осећаја дужности и пријатељства, супротан је, дакле, обавези по основу цене: увођењем новца исправније је посао сматрати извршењем дела.” Превод А. Маленица (2008а), 191.

²⁴⁸ А. Дудаш, 44.

неименованог уговора неопходно постојање каузе.²⁴⁹ С обзиром на то да су неименовани уговори у суштини били реални уговори, сматрали су се закљученим тек када је једна страна испунила оно на шта се споразумом обавезала. Међутим, јуриспруденти су се запитали којим разлогом се води страна која прва извршава оно што је споразумом обећала и закључили су да је то извршење престација друге стране. У прилог томе наводи се Паулов фрагмент у којем је дата теоријска шема могућег односа престација: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.*²⁵⁰ Иако Паул није изричито изразио да је разлог обавезе једне стране извршење обавезе друге стране, суштина те идеје садржана је у речима „дајем теби да даш, или дајем да чиниш, или чиним да даш, или чиним да чиниш”.

²⁴⁹ У D.2.14.7.2. Улпијан најпре каже да облигација може настати и из споразума који се не може уврстити у постојећи тип уговора под условом да постоји кауза споразума која се огледа у узајамности престација. Одмах затим (D.2.14.7.3) он наглашава да споразум не може имати било какву каузу већ она мора бити ваљана (*iusta*): *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.* – „Ако је дато обећање ради тога да не би био учињен злочин, из таквог споразума не настаје облигација. 4. *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* – Јер, ово се сматра, ако иза закљученог споразума не постоји никаква кауза, не може се установити обавеза.” Превод А. Маленица (2008а), 190.

²⁵⁰ D.19.5.5. *Paulus libro quinto quaestionum: Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. Qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta...* – „Мој природни син робује теби и твој син мени: међу нама је споразум да ти ослободиш мог и ја твог: ја сам ослободио, ти ниси ослободио: поставља се питање која ми тужба припада. У оквиру овог питања можеш изложити целокупну дискусију поводом предате ствари. Шта је у оваквим случајевима прикладно: дакле, или дајем теби да даш, или дајем да чиниш, или чиним да даш, или чиним да чиниш. У тим оквирима се поставља питање каква облигација треба да настане. 1. Дакако, ако ти дам новац да бих примио ствар, постоји куповина и продаја: ако пак дајем ствар да бих ствар примио, будући да се не сматра да приликом размене ствари постоји куповина, нема сумње да настаје утужива облигација у којој се тужба рађа не ради тога да вратиш што си примио, већ да мени даш толико обештећење колики је мој интерес да примим оно о чему је споразум: али, ако желим да вратим своје, тражи се оно што је дато, као када је ствар дата ради нечега што се није остварило...” Превод А. Маленица (2008а), 193.

3.3.2. ЗНАЧЕЊЕ ТЕРМИНА *CAUSA* У РИМСКОМ ПРАВУ

У делима римских правника често се наилази на термин *causa*. Многозначност тог појма среће се и у говорном латинском језику, одакле су га правници преузели и придали му правна значења.²⁵¹ У Дигестама термин *causa* наводи се чак 3 120 пута у различитим контекстима.²⁵²

Анализом доступних извора римског права уочава се да се појам каузе употребљавао у неколико основних значења.

3.3.2.1. Кауза као правни основ стицања стварног права (*causa acquirendi*)

Ваљан правни основ (*iusta causa*) који се другачије назива и титулус (*titulus*) уз одговарајући начин (*modus acquirendi*) доводи до стицања стварног права. Правни основ стицања најчешће је правни посао *inter vivos* или *mortis causa*. Тако у Гајевим Институцијама (II, 20) израз *causa* има значење правног основа на темељу кога је извршена традиција: „Ако ти, дакле, будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или поклоне или ког другог правног основа, одмах ће ствар постати твоја, уколико сам њен сопственик.”²⁵³ Такође, у Дигестама (D.41.1.31)²⁵⁴ налази се пример где је Паул каузу употребио управо у значењу основа стицања својине: „Никада гола традиција не преноси власништво, већ само она којој претходи продаја или друга ваљана кауза због које је традиција уследила.”²⁵⁵ Потом се истиче Улпијанов фрагмент D.6.2.3.1: „Претор каже: ‘по

²⁵¹ Термин *causa* је и у свакодневном латинском језику имао више значења: узрок, повод, мотив, разлог, прилика, случај итд. Осим тога, каузом се означавао: положај неког лица или ситуација у којој се оно налази, предмет, кључна ствар у некој дискусији, оправдавајући разлог, ствар која се расправља у судском поступку, правичан, законит и прихватљив мотив и др. Вид. више Антун Маленица (2008а), 173–174.

²⁵² А. Маленица (2008а), 173.

²⁵³ Gaius *Institutiones* (II, 20): *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

²⁵⁴ D.41.1.31. *Paulus libro 31 ad edictum: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

²⁵⁵ Превод А. Маленица (2008а), 178, фн. 31.

ваљаној каузи утужује'. Дакле, онај који има ваљану каузу традиције, користи Публицијеву тужбу: и Публицијева тужба не припада само савесном купцу, него и другима, сматра се и оном коме је по основу мираза предата ствар, иако још није узукапирана. Постоји, такође, сасвим ваљана кауза било да је процењена ствар предата било да није предата у мираз. Једнако је и ако ствар буде предата по основу пресуде.²⁵⁶ На основу тог фрагмента се закључује да је ваљан основ стицања, осим правних послова, могла бити и судска пресуда. Кауза се у том значењу употребљава и у савременим порецима који, по узору на римско право, за стицање својине или другог стварног права захтевају правни основ (*iusta causa*) и начин стицања (*modus acquirendi*).²⁵⁷

3.3.2.2. Кауза као разлог склапања правног посла (*causa negotionis*)

Римски правници су термин *causa* употребљавали да означе разлог склапања правног посла (*negotium*). Притом, правни посао римског права не треба поистоветити са значењем које он данас има.²⁵⁸ Основна карактеристика савременог правног посла јесте да неформална изјава воље по правилу производи правне последице. Напротив, у римском праву, које је великим делом његове историје одликовао формализам, захтевало се да воља буде изјављена у строго прописаној форми да би имала правно дејство. У време владавине апстрактних правних послова, правно релевантна је била једино форма, а не и разлог због кога се закључује правни посао. Развојем консензуализма, кауза у значењу разлога

²⁵⁶ D.6.2.3.1 *Ulpianus libro 16 ad edictum: Ait praetor: "Ex iusta causa petet." Qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. Item si res ex causa iudicati sit tradita.* Превод А. Маленица (2008а), 178, фн. 31.

²⁵⁷ У правне поретке који за стицање својине захтевају правни основ (*iusta causa*) и начин стицања (*modus acquirendi*) спадају, на пример, српско и аустријско право. Вид. чл. 33 и 34, ст. 1 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСО „Сл. лист СФРЈ”, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ”, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС”, бр. 115/2005, чл. 426 и 431 ABGB. О различитим системима стицања својине вид. Francesco Giglio, *Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht*, Berlin 2000, 197 и даље.

²⁵⁸ Вид. А. Маленица „Правни посао“ и „negotium“, два појма која припадају различитим епохама”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2007, 76.

склапања правног посла (*causa negotionis*) добија значај. У класичном римском праву разлог склапања правног посла утврђивао се приликом ослобађања роба као и онда када је правни посао закључен међу супружницима. Ослобађање роба није било дозвољено уколико је имало за циљ изигравање поверилаца.²⁵⁹ Осим тога, господар који је млађи од двадесет година могао је да ослободи роба само у форми *manumissio vindicta* под условом да је пред конзилијумом доказао ваљан разлог због којег то чини.²⁶⁰ Оправдани разлог ослобађања било је постојање крвне или друге блиске везе између господара и роба.²⁶¹ Осим тога, ваљан разлог ослобађања постојао је уколико је роб отклонио наступање штетних последица за господара.²⁶²

Може се закључити да разлог склапања правног посла указује не само на мотив који се везује за чињеницу постојања блиске везе односно прошлог догађаја (спасавање господара од наступања штетних последица) већ и за циљ који се остварује у будућности (изигравање поверилаца). Идеја каузе у значењу циља склапања правног посла јавила се, дакле, још код римских правника, те она није искључива духовна својина нововековних теоретичара. Римски правници, за разлику од модерних теоретичара, нису разматрали да ли кауза представља правни, економски или неки други циљ. Они су разматрали каузу у значењу циља

²⁵⁹ О томе сведочи фрагмент из Јустинијанових Институција (I, 6): *Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. nam is qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.* – „Није ипак сваком допуштено да кад год хоће ослобађа роба. Наиме, онај који ослобађа роба ради изигравања поверилаца, ништа не чини јер закон Елија Сенција спречава наступање слободе. 3: *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse...* – Сматра се, пак, да ослобађање робова ради изигравања поверилаца врши онај који већ у време када ослобађа роба није солвентан, као и онај који давањем слободе престаје да буде солвентан...” Превод А. Маленица (2008а), 176.

²⁶⁰ Iustiniani *Institutiones* (I, 6,4): *Eadem lege Aelia Sentia domino minori annis viginti non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit manumissi.*

²⁶¹ Iustiniani *Institutiones* (I, 6,5): *Iustae autem manumissionis causae sunt, veluti si quis patrem aut matrem aut filium filiamve aut fratrem sororemve naturales aut paedagogum, nutricem, educatorem aut alumnum alumnamve aut collactaneum manumittat...* – „Ваљани су су, дакле, разлози ослобађања из ропства када неко ослобађа из ропства оца или мајку, сина или кћер, брата или сестру по крви, учитеља, дојиљу, васпитача, ученика или ученицу, или брата или сестру по млеку...” Превод А. Маленица (2008а), 176.

²⁶² D.40.2.9. *Marcianus libro 13 institutionum: Iusta causa manumissionis est, si periculo vitae infamiaeve dominum servus liberaverit.* – „Ваљани разлог ослобађања из ропства постоји ако је роб спасио господара од животне опасности или инфамије.” *Ibid.*

склапања правног посла код манумисије која не припада имовинском праву већ праву о лицима као делу статусног права (*ius quod ad personas pertinet*).²⁶³ Из тога произлази да римски јуриспруденти каузу не схватају као искључиво економски циљ.²⁶⁴ Наиме, ослобађање роба од стране инсолвентног господара има за циљ изгравање поверилаца тиме што су онемогућени да своја потраживања наплате из дужникове (господареве) имовине. У том смислу, може се сматрати да је манумисија извршена са економским циљем који се огледа у погоршању имовинске ситуације господара роба. Међутим, ваљани разлози ослобађања који су изричито наведени у изворима тичу се нематеријалних вредности као што су сродство или алтруизам. Отуда се кауза, према схватању Римљана, може одредити и као етички разлог предузимања правног посла.

Други правни посао поводом кога се разматрао циљ склапања правног посла био је поклон учињен између супружника. С обзиром на то да није био одређен садржином и формом као остали послови, поклон за класичне римске правнике није представљао типичан правни посао.²⁶⁵ „Може се рећи да је поклон у класичном и раном посткласичном праву ваљан основ прибављања имовинске користи у ком једна страна, поклонодавац, својом вољом, путем правног посла, предузимањем или пропуштањем неке радње прибавља другој страни, поклонопримцу, уз његов пристанак, непосредно или посредно, имовинску корист, на свој терет, без икакве накнаде или услова који је обележје неког другог посла.”²⁶⁶ Између супружника поклон је био забрањен са образложењем да брак треба да се темељи на љубави, а не на економском интересу.²⁶⁷ Пошто се забрана

²⁶³ Вид. више А. Маленица (2008а), 177.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Вид. А. Маленица, *Поклон у римском праву*, Београд 1981, 120. Поклон постаје типичан правни посао са одређеном формом и садржином тек Константиновом конституцијом из 316. године. Вид. А. Маленица, *Римско право*, Нови Сад 2008б, 301–302.

²⁶⁶ А. Маленица (1981), 120.

²⁶⁷ О забрани поклона међу супружницима говоре два Улипијанова фрагмента у Дигестама. У првом (D.24.1.1) он каже: „Обичајима је код нас уведено (прихваћено), да не важе поклони између мужа и жене. То је уведено зато да не би у замену за љубав, не држећи се мере у поклонима, претераном лакомислености, један другогме отели имовину.” Превод А. Маленица (1981), 144. Потом, у D.24.1.3. стоји: „Наши преци су забрањивали поклоне између мужа и жене, часну љубав самим осећањима процењујући, придружујући се општем схватању да не треба слогу по цену уступака постизати, да не би бољи пао у сиромаштво, а гори био обогашен.” *Ibid.*

даривања могла изиграти склапањем апстрактног правног посла попут стипулације и акцептилације или посредством теретних уговора у којима се престација поклонопримца умањује толико да представља безначајну економску вредност, класична јуриспруденција је приликом утврђивање постојања поклона међу супружницима занемарила субјективни елемент – *animus donandi*, већ је предвидела објективан критеријум који се огледао у обогаћењу једног брачног друга на рачун другог.²⁶⁸ „Због тога је поклон између брачних другова везала за појам обогаћења-осиромашења (*locupletatio-depauperatio*) и тиме дала тумачење да су забрањени само они поклони који доводе до обогаћења-осиромашења.”²⁶⁹

У случају да је између супружника склопљен теретни правни посао, испитивало се да ли постоји еквивалентност престација. Уколико је утврђена нееквивалентност престација, узимало се да постоји поклон, због чега је теретни уговор сматран ништавим.²⁷⁰ Тако у фрагменту D.18.1.38.²⁷¹ Улпијан каже: „Између мужа и жене продаја учињена за нижу цену из разлога поклона је ништава.”²⁷² Исто важи и за уговор о закупу поводом кога Папинијан

²⁶⁸ А. Маленица (2008а), 180–181.

²⁶⁹ *Ibid.*, 180.

²⁷⁰ Класично право није водило рачуна о томе да ли је цена код уговора о купопродаји или закупнина код уговора о закупу правична. Сматрало се да свака страна у теретним уговорима жели да оствари што бољи имовински положај. Тако је било легитимно да купац жели да купи ствар што јефтиније, а продавац да прода што скупље. У Дигестама (D.19.2.22.3) наилази се на фрагмент у коме Паул разматра случај када је уговорена ниска закупнина: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.* – „Исто онако као што је по природи ствари дозвољено у куповини и продаји нешто што је вредније купити за мањи износ, а нешто што је мање вредно продати за већу цену, и на тај начин се међусобно варати, такво је право и у давању у закуп и узимању у закуп.” *Ibid.*, 181, фн. 41. Утолико је вођење рачуна о еквивалентности престација у теретним уговорима међу супружницима представљало изузетак од правила које је важило за лица која нису у брачном односу.

²⁷¹ D.18.1.38. *Ulpianus libro septimo disputationum: Inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliori nullius momenti est.*

²⁷² Превод А. Маленица (2008а), 182.

(D.24.1.52)²⁷³ истиче: „Ако је муж жени из разлога поклона ствар уз нижу цену дао у закуп, закуп је ништав.”²⁷⁴

Према тумачењу класичних правника, разлог предузимања поклона између супружника представља обogaћење поклонопримца, односно осиромашење поклонодавца. Реч је, дакле, о разлогу имовинске природе, због чега би се модерним речником могло рећи да се кауза чињења поклона међу супружницима огледа у економском циљу. Упркос начелној забрани поклона међу брачним друговима, јуриспруденција је предвидела и неке изузетке. Тако су поклони међу супружницима били дозвољени уколико су били учињени ради отклањања сиромаштва брачног друга (*causa exilii*),²⁷⁵ ради одржавања породичне свечаности која је примерена женином статусу,²⁷⁶ подизања гробнице (*sepulturae causa*)²⁷⁷ и поводом мужевљевог уласка у ред сенатора или витезова.²⁷⁸ У тим случајевима иза непосредног циља обogaћења налази се посредан циљ који се састоји у поштовању друштвених правила по којима се влада достојан римски грађанин. Отуда се, према схватању римских правника, кауза правног посла могла састојати не само у економском већ и у друштвеном циљу због кога се приступа његовом склапању.²⁷⁹

Полазећи од економског циља правног посла, класична јуриспруденција је створила појам доброчине каузе (*causa lucrativa*), који је означавао доброчин (бесплатан) правни посао (*causa lucrativa*), односно онај „који доноси корист неком лицу без еквивалентне накнаде”.²⁸⁰ Та кауза се често спомиње у изворима стога што су постојала различита правила за доброчине (лукративне) и теретне (онератне) правне послове. Тако се у случају лошег имовинског стања само

²⁷³ D.24.1.52. *Papinianus libro decimo quaestionum: Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est.*

²⁷⁴ Превод А. Маленица (2008а), 182.

²⁷⁵ D.24.1.43.

²⁷⁶ D.24.1.31.8.

²⁷⁷ D.24.1.5.8.

²⁷⁸ *Ulpiani Regulae* (VII, 1).

²⁷⁹ А. Маленица (2008а), 193–194.

²⁸⁰ *Ibid.*, 183.

дужник из лукративног посла могао позвати на смањење или опрост своје обавезе (*beneficium competentiae*).²⁸¹ Исто тако, дужник из лукративног посла није одговарао за евикцију²⁸² и скривене недостатке предате ствари²⁸³ нити је, у случају да је пао у доцњу, био обавезан да плаћа затезну камату.²⁸⁴ Да ли је у питању лукративна или онератна кауза, имало је значаја и онда када је иста ствар била предмет неколико послова који су се укрестили, а у том случају се водило рачуна о томе да ли су се стекла два онератна посла, два лукративна посла или један онератни и један лукративни посао.²⁸⁵ Дужникова обавеза се гасила само уколико су се стекле две лукративне каузе поводом исте ствари.²⁸⁶ То правило се налази и у Јустинијановим Институцијама (II, 20,6), у којима се изричито наводи да се две доброчине каузе не могу стећи у истом лицу и истој ствари.²⁸⁷

²⁸¹ D.39.5.33. *Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum: Qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit. Sed et condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat in quantum facere potest conveniri.* – „Онај који је нешто стипулишући обећао из разлога поклона, установио је обавезу исплате, а по тужби *constitutae pecuniae* осуђује се не у целости, већ на онолико колико може да учини. Одлучено је, наиме, да треба да претегну кауза и порекло *constitutae pecuniae*, а не снага пресуде. Зато и осуђени по основу поклона неће узалуд чезнути да по тужби ради извршења пресуде буде осуђен на онолико колико може да учини.” *Ibid.*, 184, фн. 49.

²⁸² D.39.5.18.3.

²⁸³ D.21.1.62.

²⁸⁴ D.39.5.22.

²⁸⁵ А. Маленица (2008а), 184.

²⁸⁶ D.19.1.13.15. *Ulpianus libro 32 ad edictum: Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.* – „Ако ми продаш туђе земљиште, па оно по доброчиной каузи постане моје, због тога ми ништа мање неће против тебе припадати право на тужбу по основу куповине.” D.44.7.17. *Iulianus libro 33 digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.* – „Сви дужници, који по доброчиной каузи дугују индивидуално одређену ствар, ослобађају се (обавезе) уколико та индивидуално одређена ствар припадне повериоцу по доброчиной каузи.” *Ibid.*

²⁸⁷ *Iustiniani Institutiones* (II, 20,6): *Si res aliena legata fuerit et eius, vivo testatore, legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse...* – „Ако је била легирана туђа ствар, па је легатар за живота тестатора на основу куповине постао њен власник, може путем тужбе из тестаментa захтевати њену цену. Ако је пак (стекао ствар) на основу доброчине каузе, на пример поклоном или другом сличном каузом, не може тужити, јер је обичајем уведено да се две доброчине каузе не могу стећи у истом лицу и истој ствари...” *Ibid.*, 184–185, фн. 53.

С друге стране, полазећи од друштвеног циља правног посла, класични правници су створили појам неморалне каузе (*turpis causa*). У изворима *turpis causa* означава неморалан циљ правног посла. Неморално је оно понашање које је супротно добрим обичајима (*contra bonos mores*).²⁸⁸ Неморална кауза постојала је уколико је плаћање извршено да би се спречило чињење светогрђа, крађе или убиства.²⁸⁹ Она се везује за кондикцију *ob turpem causam*. На основу ње реституција се остварује само ако је неморалност била на страни примаоца.²⁹⁰ Уколико су обе стране биле неморалне, примена кондикције је била искључена.²⁹¹

3.3.2.3. Кауза као извор облигације (*causa obligationis*)

У класичном римском праву термин кауза употребљен је поводом излагања извора облигација. Тако Гај у Институцијама све изворе облигација дели на контракте и деликте.²⁹² Међутим, у свом другом делу (*Res cottidianae*) исти правник врши трипартитну поделу извора облигација на: контракте, деликте и мешовиту групу разних облика кауза (*variae causarum figurae*).²⁹³ Према Јустинијановој четворној подели извора облигација, та трећа мешовита група

²⁸⁸ У фрагменту D.30.112.3. Марцијан прави разлику између оног што је противно праву (*contra ius*) и оног што је противно добрим обичајима (*contra bonos mores*). Противна је праву повреда закона и преторовог едикта, док је повреда добрих обичаја неморалан (*turpis*) акт.

²⁸⁹ D.12.5.2. *Ulpianus libro 26 ad edictum: ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas.* – „као када сматра да теби даје да не учиниш светогрђе, крађу или не убијеш човека”. Превод А. Маленица (2008а), 185.

²⁹⁰ D.12.5.1.2. *Paulus libro decimo ad Sabinum: Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.* – „Оно што постане примаочево уз његову нечасну каузу може се вратити натраг и ако посао буде извршен.” *Ibid.*

²⁹¹ D.12.5.3. *Paulus libro decimo ad Sabinum: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.* – „Тамо, пак, где се преноси уз нечасност и даваоца и примаоца, кажемо да се не може вратити натраг, као на пример ако се даје новац да се лоше пресуди.” *Ibid.*

²⁹² Gaius, *Institutiones* (III, 88): *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* – „Сада прелазимо на облигације, које се најпре деле на две основне врсте: све облигације настају или из уговора или из деликта.” Превод О. Станојевић (1982), 197.

²⁹³ D.44.7.1. *Gaius libro secundo aureorum: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* „Облигације, дакле, настају или из контракта или из деликта или по неком посебном праву из разних облика кауза.” Превод А. Маленица (2008а), 188.

подељена је на квазиконтракте и квазиделикте.²⁹⁴ Тако се у четири каузе (разлога) које доводе до настанка облигације убрајају: контракт, каузе сличне контракту (квазиконтракт), деликт и каузе сличне деликту (квазиделикт).

3.4. КОНДИКЦИЈА КАО СРЕДСТВО ИСПРАВЉАЊА СТИЦАЊА *SINE CAUSA*

Иако се разлози настанка легисакционог поступка не могу са сигурношћу утврдити, извесно је да се путем њега утуживала обавеза која је могла настати из најразличитијих кауза (разлога). Главна одлика те врсте поступка управо је била да што већем броју тужилаца омогући да уопште покрену поступак током кога ће у фази доказивања свакако морати да предоче каузу (правни основ) свог потраживања.

Примена формуларне кондикције постала је учестала са развојем начела савесности и поштења. Својински пренос остварен кршењем тог начела доводио је до одговарајућих правних последица које су оствариване било применом кондикције²⁹⁵ било њеним ускраћивањем.²⁹⁶

Компилатори су у Дигестама извршили поделу кондикционих случајева уз помоћ термина *causa*. Међутим, они нису дали материјалноправно објашњење тог појма.

²⁹⁴ Iustiniani *Institutiones* (III, 13.2): *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.* – „Следећа подела дели их на четири врсте: или постоје на основу контракта или квази контракта или деликта или квази деликта.” *Ibid.*

²⁹⁵ У фрагменту D.15.1.3.7. разматра се ситуација у којој јемац треба да плати дуг који син наводно има према оцу. Уколико син оцу не дугује ништа а отац буде тужио синовљевог јемца, овај може тужбу одбити приговором преваре (*exceptio doli*). Међутим, ако је јемац извршио исплату, има право да подигне кондикцију и изврши повраћај плаћеног.

²⁹⁶ У фрагменту D.46.3.50. ускраћује се кондикција исплатиоцу због његове преварне намере да уместо дугованог преда други предмет. Исплатилац има обавезу да повериоцу преда злато а свесно је уместо злата предао бакар, при чему прималац није био свестан преваре. Паул сматра да исплатилац није ослобођен обавезе, али му је ускраћено право да подигне кондикцију за повраћај бакра, због тога што није био у заблуди већ је намерно уместо злата предао бакар.

Термин кауза у римском праву употребљавао се у различитим значењима. У кондикционом праву јавља се у два значења: кауза као правни основ стицања (*iusta causa, iustus titulus*) и кауза као разлог, циљ давања.

Схватање да се за пренос својине захтева постојање одговарајућег правног основа (*iusta causa, iustus titulus*) и извршење одговарајућег начина стицања (*modus aquirendi*) назире се у одговорима римских правника²⁹⁷ којима је претходио дуг период владавине строгог формализма у коме су права и обавезе настајали из предузете ритуалне форме сакралног карактера. Формализам неразвијених заједница није творевина законодавца већ је израз потребе да се у условима непостојања развијеног државног апарата и права пожељно понашање оствари позивањем на религијске санкције. Отуда су у неразвијеним друштвима право и религија нераскидиво повезани. Неформална изјава воље појединца није у стању да произведе правна дејства већ она настају извршењем ритуалне форме за коју се верује да има магијско дејство.²⁹⁸ Извршење захтеване форме у почетку је доводило до коначног стицања ствари, без обзира на стварне разлоге њеног предузимања. Тек јачањем државе и економским развојем који излази из уских оквира природног привређивања формализам почиње да слаби, најпре тако што се извршена форма везује за правне а не више за религијске последице, да би постепено за настанак одређених правних односа била довољна и проста сагласност воља. Развој консензуализма је подразумевао јачање начела савесности и поштења на основу којег се одређено понашање није процењивало само према објективним мерилима која представљају правни стандард одређеног типа односа већ се узимао у обзир и сам садржај свести субјекта чије се понашање процењује. Тако се ускраћује кондикција у случају да је исплатилац знао да дуг не постоји, па је упркос томе извршио плаћање.

У римском праву долазило је до преноса својине и онда када није постојао ваљан правни основ стицања (*iusta causa, iustus titulus*). Извршење

²⁹⁷ D.41.1.31; D.6.2.3.1.

²⁹⁸ „Оно што је обавезивало човека по овом старом праву, није била савест нити осећање правде, већ света формула. Ова формула изговорена између два човека установљавала је међу њима правну везу. Где није било формуле, није било права.” Фистел де Куланж, *Античка држава*, Београд 1956, 149.

манципације било је довољно за пренос својине, стога што су правна дејства настајала из предузете форме *per aes et libram*.²⁹⁹ Захваљујући својој апстрактности, из манципације се није видело на основу којег се правног основа (*iusta causa, iustus titulus*) она предузима, што је имало за последицу да се њеним извршењем преносила својина без обзира на то да ли правни основ уопште постоји, а ако постоји, независно од тога о којој његовој врсти је реч. Уколико је *causa* непостојећа или мањкава то нема утицаја на пренос својине. Корективна функција кондикција управо се огледала у томе што је омогућавала повраћај својине када манципација није била заснована на одговарајућем правном основу или основ уопште није постојао.

Исту функцију као манципација имала је и *in iure cessio*.³⁰⁰ И код ње се радило о апстрактном преносу својине.³⁰¹ Међутим, за разлику од манципације, *in*

²⁹⁹ Манципација (*mancipatio* од: *manus* – рука + *capere* – зграбити, стећи, примити) представљала је свечани пренос својине који се обављао на Форуму уз присуство обе странке, најмање пет сведока и званичног мерача с вагом (*libripens*). Манципација је била предвиђена још Законом XII таблица (VI, 1) и користила се за стицање својине на стварима које представљају основна средства за производњу (*res Mancipi*). У почетку је манципација била стварна купопродаја из руке у руку када се цена плаћала металом различите тежине (јер још није постојао ковани новац фиксне вредности), па је приликом сваке трансакције требало одмерити одређену количину бакарних шипки. Увођењем новца престала је потреба за мерењем, али је задржана форма древног облика купопродаје, с тим што се вместо бакарних шипки симболично предавао новчић. Стварна новчана накнада (цена) могла се предати било пре било после извршене манципације. На тај начин се манципација издвојила од реалне купопродаје и претворила у формалан начин стицања својине (*modus aquirendi*). Када се манципација одојила од купопродаје, она је постала формални посао за који није битан правни разлог (*causa*) због кога се он закључује већ строго поштовање предвиђене форме *per aes et libram*, па је због своје апстрактности имала широко поље примене. Отуда је разлог манципације могао бити: купопродаја ствари *res Mancipi*, поклон, мираз, залога (*fiducia*), наслеђивање (*mancipatio familiae, testamentum pe aes et libram*), склапање брака (*coemptio*), ослобађање лица *alieni iuris* од очеве власти (*emancipatio*), усвојење лица *alieni iuris* (*adoptio*), привремено уступање лица *alieni iuris* под власт другог породичног старешине (*mancipium*). Вид. више Жика Бујуклић, *Forum Romanum римска држава, право, религија и митови* (6. издање), Београд 2012, одредница *mancipatio*, 501–504.

³⁰⁰ *In iure cessio* (*in* – у, овде; *iur* – место где заседа претор; *cessio* – уступање, преношење) представља деривативни начин стицања својине којим се избегавао компликовани формализам који се захтевао у случају манципације (присуство либрипенса, пет сведока). Странке су покретале привидан судски спор у облику првог дела легисакционог поступка (*sacramentum in rem*), који се по претходном договору странака окончавао већ пред претором, без одласка пред судију, па се отуда тај начин стицања својине називао *in iure cessio* – „устапање пред судом”. Предност тог начина стицања својине огледао се у томе што се могао обавити над свим стварима које су у правном промету (*res in commercio*), у које спадају не само *res Mancipi* већ и *res nec Mancipi*, па чак и бестелесне ствари (*res incorporales*). Вид. више Ж. Бујуклић (2012), одредница *in iure cessio*, 378.

³⁰¹ „Римско право је пренос својине увек сматрало апстрактним правним послом – извршене формалности за *mancipatio* и *in iure cessio* преносе својину без обзира на разлоге, на

iure cessio се користила како за ствар која представља основно средство производње (*res Mancipi*), тако и за било коју другу ствар (*res nec Mancipi*) или право (*res incorporalis*). Као и код манципације, и овде је долазило до преноса својине само захваљујући испуњењу прописане форме, при чему се правни основ преноса (*iusta causa*) није видео. Као и код манципације, и код инјурецесије стицање својине извршено без правног основа могло се оспорити кондикцијом.

До апстрактног преноса својине на стварима које се не манципују (*res nec Mancipi*) долазило је плаћањем у сврху гашења обавезе (*solutio*).³⁰² Уколико се обавеза састоји у преносу својине, онда се прави разлика да ли је у питању *res Mancipi* или *res nec Mancipi*. Ако је реч о ствари која се манципује, онда пренос својине на њој наступа извршењем манципације или инјурецесије. У случају ствари *nec Mancipi* извршење обавезе (*solutio*) састоји се у неформалној предаји (*traditio*) која доводи до преноса својине. Притом, акт предаје води стицању својине чак и када дуг не постоји, то јест када је правни основ (*iusta causa*) ништав.³⁰³

У римском праву апстрактни правни посао представљала је и стипулација (*stipulatio*)³⁰⁴ која је заснивала апстрактно потраживање. Обавеза из стипулације

правни основ, због кога су оне извршене. Правни основ се није морао ни наводити.” Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право* (14. издање), Београд 1985, 302.

³⁰² Гашење обавезе (*solutio*) може да се састоји у предаји одређене суме новца, предаји друге ствари, извршењу услуге или било које правне или фактичке радње. Ако се дугује *res Mancipi*, дужник треба да изврши манципацију (*Mancipatio*) или инјурецесију (*in iure cessio*) да би пренео својину на њој, док је за *res nec Mancipi* довољна обична предаја (*traditio*). Вид. више Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1990, 749.

³⁰³ „Код традиције правни основ (*iusta causa traditionis*) је морао постојати у моменту преношења својине и морао се навести, али је прибавилац постајао сопственик ствари иако је правни основ преноса својине био ништав.” Д. Стојчевић, 302.

³⁰⁴ Стипулација (*stipulatio*) представља строго формални усмени споразум старог цивилног права, у којем је обавеза настајала на тај начин што је на питање будућег повериоца: *Spondesne mihi centum dare?* – „Обећаваш ли да ћеш ми дати стотину?”, будући дужник одговарао: *Spondeo* – „Обећавам”. На основу ритуалних речи које су изговоране, најстарији облик стипулације се називао *sponsio*. Пошто су међусобне обавезе произилазиле из магијског дејства изговорених речи, сматрало се да се странке заклицу пред самим боговима, па отуда нису били потребни сведоци, нити се захтевало присуство одређеног службеног лица. Зато се стипулација није морала склапати на Форуму. Из формуле спонзије само се говори о преузимању обавезе да се исплати одређена сума новца, али се из ње не види због чега се то чини (да ли купац исплаћује цену, дужник враћа зајам и др.). Пошто се приликом закључења спонзије није наводио правни основ обавезаивања (*iusta causa*), такав уговор је имао апстрактно дејство и путем њега су се

настајала је у тренутку када су стране изговориле предвиђене свечане речи *spondesne-spondeo* без обзира на постојање каузе (*causa*) као правног разлога обавезивања. Иако се стипулација сврстава у вербалне уговоре, „она у ствари и није неки посебан уговор са тачно одређеним предметом и садржином, већ више један начин обавезивања у чији оквир су могли доћи различити уговори”.³⁰⁵ У доба владавине старог цивилног права постојао је мали број апстрактних правних послова, који су предузимани из различитих правних разлога (купопродаје, зајма, мираза и др.). Многи од њих подразумевали су фактички двострано обавезујући однос у коме је и стипулатор требало промисору да изврши одговарајућу чинидбу која није била предмет цивилне обавезе као што је случај када дужник стипулацијом обећа враћање новца који зајмодавац тек треба да му исплати.³⁰⁶ Са становишта дужника, правни разлог склапања стипулације је добијање новца на зајам. Међутим, уколико поверилац не исплати новац, склопљена стипулација је обавезивала дужника да врати новац који уопште није примио. Временом, у случају да је стипулација закључена а да кауза није постојала, промисору (дужнику) додељивао се приговор (*exceptio doli*), а касније, у класичном праву, и тужба која је била усмерена на ослобођење од дуга из стипулације (*condictio liberationis*).³⁰⁷ Та правна средства била су гаранција еквивалентности у односима

могли закључивати најразличитији правни послови, не само из области облигационих односа, већ су санкционисане и обавезе из породичног или процесног права: *sponsalia* (обећање брака, веридба), *agere per sponionem* (договор о посебном облику грађанског поступка), *sponsio poenalis* (уговорна казна) и др. За разлику од спонзије, стипулација се касније могла закључити и другим свечаним речима: *Promittis? – Promitto* (Обећаваш? – Обећавам), *Fidepromittis? – Fidepromitto* (Чисти ти? – Чисти ми), *Fideiubes? – Fideiubeo* (Заклињеш се чашћу? – Заклињем се) или оних које нису имале сакрални карактер: *Dabis? – Dabo* (Предаћеш? – Предаћу), *Facias – Faciam* (Учинићеш? – Учинићу). Због тога је стипулација постала доступна не само римским грађанима већ и пегринима. Још касније су свечане речи могле бити изговорене на грчком или неком другом језику, ако су га обе стране разумеле. Стипулација се тиме претвара у општи облик обавезивања странака, чиме се обезбеђивала правна заштита споразума који су до тада били голи споразуми (*nuda pacta*) или природне облигације (*obligationes naturales*). Вид више. Ж. Бујуклић (2012), одредница *stipulatio*, 695–697.

³⁰⁵ С. Перовић, (1964), 16.

³⁰⁶ Двострано обавезујући однос могао се остварити путем склапања две узајамне стипулације, али овде се претпоставља да се само једна страна (дужник, промисор) правно обавезала, док је другој страни остављено на част и вољу да изврши своју чинидбу (поверилац, стипулатор).

³⁰⁷ D.12.7.1; D.12.7.3; D.16.1.8.2; D.19.1.5.1; D.23.3.46; D.36.4.1; D.39.5.2.3; D.39.5.2.4; D.44.4.7.

у којима се правни разлог промисоровог обавезивања огледао у извршењу одређене чинидбе од стране стипулатора. Уколико стипулатор изврши чинидбу, стипулација се сматра основаном. Међутим, ако његова чинидба изостане, правни разлог промисорове обавезе не постоји и он може трајно одбити стипулаторов тужбени захтев, односно захтевати ослобођење од обавезе уколико још увек није тужен. Остваривање еквивалентности овде не треба схватити у смислу начела једнаке вредности чинидаба, већ као обострано извршење. Правни разлог промисоровог обавезивања јесте извршење чинидбе од стране стипулатора. Уколико оно изостане, стипулација није била ништава али је практично обеснаживана путем приговора преваре или кондикције.

Кондикција се примењивала за повраћај својине када је она стечена без правног основа (*sine causa*). Кауза овде има значење правног основа стицања својине (*iusta causa adquirendi*), који, уколико не постоји, повлачи за собом примену кондикције. Наведено значење каузе везује се за кондикцију: *indebiti, ob causam finitam, ex causa furtiva, sine causa*.

Захваљујући формализму и апстрактности којима су се одликовале манципација и инјурецесија, до стицања својине долазило је њиховим извршењем без обзира на постојање правног основа који би оправдао остварени пренос. Исти ефекат имала је исплата извршена са циљем гашења дуга (*solutio*).³⁰⁸ Због тога, иако је пренос својине извршен у складу са формалним правом, он не одговара правичности због чега кондикција служи да исправи неправду која настаје апстрактним стицањем без одговарајућег правног основа.³⁰⁹ Притом треба имати на уму да оно што из данашње перспективе представља стицање без основа, за Римљане је био скуп разноврсних чињеничних стања која су постепено добијала правну заштиту. Спровођење комутативне правде³¹⁰ остваривало се у конкретним

³⁰⁸ U. von Lübtow, 146.

³⁰⁹ E. von Caemmerer, 338.

³¹⁰ У склопу свог учења о правди коју је као општи појам преузео од свог учитеља Платона, Аристотел развија учење о дистрибутивној правди (*iustitia distributiva*) и комутативној правди (*iustitia commutativa*). Дистрибутивна правда уређује односе између заједнице и појединца и захваљујући њој свако добија онолико колико му припада према његовим индивидуалним заслугама и доприносима друштву. Дистрибутивна правда се остварује путем геометријске пропорције која узима у обзир природу и особеност личности. Комутативна правда долази до

случајевима интуитивно, а не применом општег правила, као што је случај у данашњем праву. Кондикција остварује корективну функцију тако што омогућава лицу да поврати ствар која је неосновано изашла из његове имовине.

Кондикција се употребљавала и онда када је правни основ стицања био условљен остваривањем одређеног часног циља који је морао бити познат стицаоцу. Циљ је могло да буде предузимање неког правног посла (еманципација, манумисија, склапање брака), материјалног акта (изградња споменика), извршења противчинидбе и сл. Уколико циљ не буде остварен, сматрало се да стицалац нема више основа да задржи примљено, те је био дужан да изврши повраћај на основу кондикције *causa data causa non secuta*. Кауза у тој врсти кондикције има значење циља давања чијим остварењем је условљен основ стицања (*iusta causa*). Ако је циљ био неморалан (*turpis causa*), није имало значаја да ли се он остварио или није, те је преносилац који је био савестан имао право на повраћај посредством кондикције *ob turpem causam*.

Наше истраживање случајева стицања без основа у римском праву највећим делом полази од Дигеста, која представљају завршну фазу развоја римског права. Непостојање поузданих података о историјском развоју санкционисања случајева неоснованог стицања пре Јустинијановог времена,

изражаја у односима појединаца и постиже се апсолутном средином путем аритметичке пропорције. Та правда налаже једнако поступање са једнаким стварима, односно неједнако поступање са неједнаким стварима сразмерно њиховој неједнакости. С обзиром на то да се комутативном правдом врши изједначавање, она се још назива и корективна или изједначујућа правда. „Други, који преостаје, јесте воспостављајуће [корективно] праведно [односно праведно које се постиже изједначавањем]. Оно долази до изражаја у пословним односима, добровољним и недобровољним. Праведно у том смислу има сасвим различит карактер од праведног о којем је до сада било говора. Дистрибутивно праведно, наиме, при додељивању општих добара састоји се увек у поступку саобразном поменутој [геометријској] пропорцији. (...) Међутим, праведно које се јавља у пословним односима значи, додуше, неку једнакост, а неправедно повреду једнакости, али не у смислу оне врсте пропорције [геометријске], него у смислу аритметичке пропорције. Јер ту је сасвим споредно да ли је честит човек рђавог или рђав честитог оштетио, или да ли је честит или неваљао човек починио прељубу. Овде закон пази само на разлику у причињеној штети, а лица посматра као једнака – важно је само да се утврди да један неправду трпи а други је наноси, да је један оштетио, а други на штети. Зато судија настоји да такву неправедност која се огрешује о једнакост изједначи. Ако су једноме задате ране, а други их задао, ако је један убио, а други подлегао смрти, онда је између онога ко је поднео дело и онога ко га је извршио настао однос неједнаке поделе, и судија покушава да помоћу казне успостави једнакост на тај начин што оној страни која има вишак добитка тај вишак одузима.” Аристотел, *Никомахова етика*, књига V (IV, 1–4), превод Радмила Шалабалић, Сремски Карловци – Нови Сад 2003, 99–100.

отежава доношење несумњивих закључака о суштини и карактеристикама кондикције у римском праву.

Да би се ближе одредило шта је у римском праву представљало стицање без основа и у каквом односу се оно налази са правно неоснованим обогаћењем, најпре се мора поћи од оних врста римских кондикција које постоје и у савременом праву. Најважније врсте кондикција су *condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta* и *condictio ob turpem vel iniustam causam*. У савременом праву као генусни појам свих кондикција употребљава се израз *condictio sine causa*. Како се у Дигестама у посебном наслову говори о кондикцији *sine causa* као посебној врсти кондикције, поставља се питање да ли у њој треба видети зачетке опште тужбе из неоснованог обогаћења.

3.5. *CONDICTIO INDEBITI*

Прве грађанске кодификације прописивале су кондикције узимајући за основ опште право (*ius commune*) које је преузело кондикције из Јустинијанових Дигеста (D.12.4-7).³¹¹ Иако потоње кодификације познају јединствени институт неоснованог обогаћења, у оквиру или мимо њега прописују неке кондикционе случајеве. Међу њима најважније место заузима исплата недугованог (*solutio indebiti*), која је у римском праву решавана применом кондикције *indebiti*. Узимајући у обзир број фрагмената који су јој посвећени, закључујемо да *condictio indebiti* представља најчешће примењивану врсту кондикције па се установа кондикције теоријски уобличава с обзиром на њу.

Condictio indebiti исправља неосновани прелаз ствари из имовине преносиоца у имовину стицаоца тако што је стицалац дужан да изврши повраћај примљеног У пракси је најчешће реч о томе да правни посао који установљава обавезу исплате или не постоји или је неважећи.

³¹¹ О кондикцијама у општем праву види Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht, Band I – Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 493–496.

У класичном праву исплата недугованог састојала се у извршењу формалних начина стицања својине (*mancipatio* за *res Mancipi*, *in iure cessio* за *res Mancipi* и *res nec Mancipi*) за које није постојао правни основ. До преноса својине долазило је и у случају неформалног преноса ствари *res nec Mancipi* путем неформалне предаје (*traditio*) у сврху гашења обавезе која у стварности не постоји (*solutio* као *iusta causa traditionis*). У Јустинијановом праву неформална предаја која је извршена ради намирења потраживања које у стварности није постојало такође је имала за последицу пренос својине, при чему је режим који је раније важио за ствари *res nec Mancipi* проширен на све врсте ствари.

Обавеза не постоји онда када је не признаје цивилно право. Међутим, сматра се да исплата недугованог постоји и онда када постоји цивилноправна обавеза којој се може супротставити трајни приговор. У том случају сматра се да обавеза не постоји по преторском праву. Кондикција *indebiti* примењује се и у случају непостојања обавезе по цивилном праву и у случају непостојања обавезе по преторском праву. Осим тога, исплата недугованог постоји не само када обавезе објективно нема, већ и када она постоји али дужник, уместо повериоцу, исплати погрешном лицу, или ако оно што дужник дугује друго лице исплати као да испуњава своју обавезу.³¹²

Исплатилац је морао бити у заблуди у погледу постојања обавезе, односно у погледу могућности улагања трајног приговора. Уколико није био у заблуди, односно уколико је знао да обавеза не постоји или да може подићи трајни приговор, исплата недугованог уређивана је правилима о поклону. С друге стране, ако је стицалац знао да обавеза не постоји, сматрало се да је извршио крађу.³¹³

³¹² D.12.6.65.9.

³¹³ D.12.1.9.1; D.12.6.1.1; D.12.6.24; D.12.6.26.3; D.50.17.53; D.13.1.18; D.12.6.64.

3.5.1. ИСПЛАТА СА ЦИЉЕМ ГАШЕЊА ОБАВЕЗЕ (*SOLUTIO*) КАО ПРЕТПОСТАВКА КОНДИКЦИЈЕ *INDEBITI*

Кондикцијом *indebiti* санкционише се неосновано стицање до кога долази тако што је тужилац извршио исплату туженом верујући да тиме гаси обавезу према њему. У стварности његова обавеза не постоји па је исплата била недугована, због чега треба извршити повраћај примљеног. Уколико између тужиоца и туженог претходно није постојао облигациони однос, обавеза повраћаја примљеног настала је предајом ствари (*re*). Како је у римском праву зајам био реалан уговор, правници у почетку нису правили разлику између зајма и исплате недугованог јер у оба случаја облигација настаје предајом ствари. Први који је уочио разлику међу њима био је Гај.

Полазиште за закључивање о римској кондикцији *indebiti* јесу фрагменти из Гајевих Институција. У фрагменту (III, 90) он говори о зајму као реалном контракту: „Предајом ствари настаје уговорна облигација као код зајма. Зајам (*mutui datio*) у правом смислу речи односи се на оне ствари које се одређују тежином, бројем или мером, као што су: новац, вино, жито, бронза, сребро, злато. Ове ствари бројањем, мерењем или вагањем дајемо некоме тако да постају његове и он је дужан да нам потом врати, не исте ствари, већ друге ствари исте врсте. Отуда се и зове *mutuum*, јер ја сам теби дао тако да од мога (*meum*) постаје твоје (*tuum*).”³¹⁴

У следећем фрагменту (III, 91) Гај каже да и онај ко исплати недуговано заснива реалну облигацију као да је примио зајам: „И онај који прими недуговано од неког ко му у заблуди преда (исплати), обавезан је на основу предаје ствари. На основу тога може подићи кондикцију која почиње речима: ‘Ако се утврди да треба да да’, као да је примио зајам. Отуда неки сматрају да штићеник или жена, уколико без туторовог одобрења приме недуговано што им неко у заблуди преда, неће бити обавезни на основу неоснованог обогаћења³¹⁵, као што нису обавезни

³¹⁴ Превод О. Станојевић (1982), 197,199.

³¹⁵ Станојевић *non teneri condictione* преводи „неће бити обавезни на основу неоснованог обогаћења”. Сматрамо да је због разлика између кондикционе и одговорности из обогаћења исправнији превод „неће бити обавезни на основу кондикције”. *Ibid.*, 199.

ни из зајма. Ипак, чини се да ове врсте облигација не настају из уговора, јер онај који даје ради испуњења обавезе пре жели да угаси један посао него да закључи уговор.”

За Гаја зајам представља реалан уговор који настаје предајом заменљивих ствари у својину зајмопримцу с обавезом да их касније врати зајмодавцу. Он зајам доводи у везу са исплатом недугованог сматрајући да у оба случаја обавеза настаје предајом ствари (*re*). Међутим, за разлику од зајма за који се користи израз *re contrahitur* који казује да предајом ствари настаје контракт, за исплату недугованог употребљава се израз *re obligatur* који означава настанак облигације предајом ствари.

Осим тога што обе установе настају предајом ствари, заједничко им је то што се обе штите истим процесуалним средством – кондикцијом.³¹⁶ Употреба другачијих израза последица је тога што је Гај уочио важну разлику између зајма и исплате недугованог. Наиме, осим заједничких карактеристика, он наслућује да су у питању различити извори облигација због чега каже да исплата недугованог не настаје из уговора „јер онај који даје ради испуњења обавезе пре жели да угаси један посао него да закључи уговор”.

Критеријум разликовања је субјективни елемент који се огледа у вољи странака да склопе уговор. Отуда воља странака да се обавезу уговором постаје елемент појма *negotium contrahere*.³¹⁷ На основу тога што не поседују правно релевантну вољу малолетници и жене не могу самостално склопити уговор већ им је потребно одобрење татора. С друге стране, у случају исплате недугованог, субјекти који учествују у њој немају вољу за склапањем уговора већ је неопходна

³¹⁶ *Schwarz* сматра да се и у случају зајма и у случају исплате недугованог може подићи кондикција која садржи интенцију „*si paret eum dare oportere*”. Вид. *F. Schwarz*, 8. Супротног мишљења је *Robbe*, према коме се зајмодавцу у класичном праву није додељивала кондикција већ *actio certae creditae pecuniae* која, за разлику од кондикције, није била апстрактна. Као доказ своме тврђењу наводи управо Гајев одломак (*Inst.* III, 90). Вид. *U. Robbe*, 52.

³¹⁷ Према Јулијановом мишљењу, воља странака да се обавезу уговором не представља елемент појма *negotium contrahere* због чега он обухвата и исплату недугованог (*solutio indebiti*). Вид. *D.12.6.33*.

само воља исплатиоца да угаси постојећу обавезу. Стога, ако је прималац исплате малолетник или жена, нема разлога да се исплатиоцу ускрати повраћај.³¹⁸

Гај се може приговорити да је у Институцијама противречан јер се чини да је фрагмент III, 91. у супротности са III, 88.³¹⁹ у којем он све облигације дели на две групе: оне које настају из контракта и оне које настају из деликта. Исплата недугованог остаје ван те дводеобе јер према III, 91. не представља контракт, а пошто није противправна, не представља ни деликт. Међутим, та два фрагмента се међусобно не искључују уколико се узме у обзир да је Гај у свом потоњем делу *Res cottidianae* извршио троврсну поделу извора облигација³²⁰ тако да се исплата недугованог може сврстати у трећи извор облигација (*ex variis causarum figuris*).

Гај је, дакле, исплату недугованог још у Институцијама искључио из уговорне области, али није изрекао да она спада у посебан, трећи извор облигација што је учинио доцније. Па ипак, то не умањује значај фрагмента (*Inst.* III, 91) који између зајма (контракта) и исплате недугованог (квазиконтракта) подвлачи разлику упркос томе што оба настају предајом ствари и оба се штите кондикцијом.³²¹ Разлика је у вољном елементу који се изражава тиме да у уговору мора постојати воља странака да се обавезу њиме, док је у исплати недугованог потребна воља исплатиоца да угаси обавезу (*animus solvendi*).

³¹⁸ У фрагменту (*Inst.* III, 91) Гај се позива на неке људе који имају супротно мишљење од његовог. Могуће је да он мисли на Помпонија (D.46.3.66) и Јулијана (D.26.8.13), који су истицали да у случају исплате недугованог малолетном лицу исплатилац може да га тужи и захтева повраћај плаћеног под условом да је примање исплате одобрио малолетников тотор. Ово стога што Помпоније и Јулијан нису правили разлику између контракта и квазиконтракта као извора облигација, те су за исплату недугованог захтевали исте услове као и за контракт.

³¹⁹ Gaius, *Institutiones* (III, 88): „Сада прелазимо на облигације, које се најпре деле на две основне врсте: све облигације настају или из уговора или из деликта.” Превод О. Станојевић (1982), 197.

³²⁰ D.44.7.1.

³²¹ Слично као Гај, и Целз у фрагменту D 12.1.32. истиче да обавеза не настаје из контракта већ из тога што је туђ новац доспео у руке другог лица, те је правично да га врати ономе коме припада. Стога он посредно признаје да облигација може настати и из дозвољене радње која није контракт. Тај фрагмент био је предмет нарочитог интересовања коментатора. Балдо (*Baldus*) је тужбу која се у њему додељује називао *condictio certi ex aequitate* или *actio in factum ex aequitate*. Вид. Jan Hallebeek, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen 1996, 44.

Имајући у виду неопходност постојања вољног елемента на страни исплатиоца, закључује се да је услов примене кондикције *indebiti* исплата извршена с намером гашења обавезе (*animus solvendi*).

Кондикција *indebiti* претпоставља исплату извршену с намером гашења обавезе (*solvendi causa*) која није довела до гашења обавезе.

3.5.2. ЗАБЛУДА (*ERROR*) КАО ПРЕТПОСТАВКА КОНДИКЦИЈЕ *INDEBITI*

Осим активног тужиоцевог понашања које се састоји у исплати туженом, за примену кондикције *indebiti* потребно је испуњење додатног услова. Наиме, исплатилац врши исплату са жељом да угаси обавезу. Из чињенице да обавезе плаћања нема произилази да се он налази у заблуди о њеном постојању.

О потреби постојања заблуде исплатиоца недугованог такође сазнајемо из већ споменутог Гајевог фрагмента (*Inst.* III, 91) у коме он каже да исплаћује онај који је у заблуди да дуг постоји. Осим тога, бројни фрагменти из Дигеста сведоче о томе да је заблуда исплатиоца била битан елемент за примену кондикције *indebiti*. Према фрагменту D.12.6.1.1, онај ко у заблуди плати има право да кондикцијом захтева повраћај. Међутим, уколико је исплатио знајући да није дужан, нема право на повраћај.³²² У фрагменту D.19.2.19.6. прави се разлика између тужбе из закупа и кондикције.³²³ Наиме, једно лице је узело у закуп кућу на годину дана и унапред платило целокупну закупнину. Како је после шест месеци кућа изгорела, Мела, на кога се позива Улпијан и са којим се слаже, сматра да купац може захтевати натраг плаћену закупнину за преостали период од шест месеци путем тужбе из закупа, али не и путем кондикције. Ово стога што

³²² D.12.6.1.1. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.*

³²³ D.19.2.19.6. *Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicendum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. Aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam conductionem. Nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest.*

тај новац није био дугован, већ је новац предат на име извршења обавезе из закупа. Међутим, уколико је купац платио више услед заблуде, неће имати право на повраћај вишка на основу тужбе из закупа већ на основу кондикције. Због тога треба правити разлику између лица које плати у заблуди и оног које унапред плати.

Осим заблуде да обавеза постоји, могуће је да обавеза постоји али да је исплатилац у заблуди поводом њене врсте. Тако, исплатилац који је заиста дужник може бити у заблуди да постоји алтернативна обавеза. У фрагменту D.12.6.19.3. исплатилац погрешно верује да постоји алтернативна облигација на основу које има право избора између предаје роба Стиха и роба Памфлија. У стварности, међутим, не постоји алтернативна облигација и он је обавезан само на предају Стиха. Уколико преда Памфлија, има право на његов повраћај путем кондикције *indebiti*.

Дужник потом може бити у заблуди да дугује ствар *species*, а у стварности дугује ствар *genera*. Према фрагменту D.12.6.32.3, исплатилац погрешно верује да је обавезан да преда тачно одређеног роба (*species*), док се у стварности његова обавеза састоји у предаји било ког роба (*genera*). Ако исплатилац преда тачно одређеног роба, може подићи кондикцију за његов повраћај.

У Дигестама наилазимо на фрагменте у којима се кондикција додељује лицу које купује сопствену ствар зато што је било у заблуди да нема својину на њој. Тако у D.18.1.16. Помпоније каже да куповина сопствене ствари не производи дејство без обзира на то да ли је купац знао да купује своју ствар. Уколико купац у незнању купи сопствену ствар, може повратити плаћену цену због тога што није био обавезан да је плати.³²⁴ Како је уговор о купопродаји неважећи, у питању је исплата непостојећег дуга. Треба споменути и фрагмент D.12.6.37, у којем Јулијан каже да ако неко у заблуди купи сопственог роба и плати цену за њега, има право на повраћај новца путем кондикције, без обзира на

³²⁴ D.18.1.16. *Pomponius libro nono ad Sabinum: Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere potero, quia nulla obligatio fuit.*

то да ли је продавац био савестан, то јест без обзира на то да ли је знао да роб припада купцу.³²⁵

На неопходност постојања заблуде исплатиоца указују и фрагменти у којима се искључује право на повраћај управо због тога што она недостаје. У фрагменту D.46.3.50. искључује се право на повраћај јер не постоји заблуда исплатиоца већ његова преварна намера да уместо једног преда други предмет.³²⁶ Исплатилац је био обавезан да повериоцу преда злато али је свесно, уместо злата, предао бакар, а прималац није био свестан преваре (да је уместо злата примио бакар). Паул сматра да исплатилац није ослобођен обавезе на предају злата, али му је ускраћено право да подигне кондикцију за повраћај бакра због тога што исплату није извршио у заблуди већ је намерно, уместо дуговане, предао другу ствар. У том фрагменту се назире идеја о забрани неоснованог обогаћења која се огледа у томе да прималац мора вратити бакар да би од исплатиоца могао да захтева предају злата. Уколико би задржао бакар а дужник му преда злато, постаће неосновано обогаћен за вредност бакра.

Свест о исплати недугованог искључује кондикцију и у фрагменту D.12.6.50, у којем Помпоније истиче да онај ко плати знајући да не дугује, с намером да касније изврши повраћај, нема право на реституцију.³²⁷

Кондикција је искључена због свести о исплати недугованог и у фрагменту D.36.4.1.³²⁸ Легатар којем је било забрањено да прими кауцију ову је

³²⁵ D.12.6.37. *Iulianus libro tertio ad Urseium Ferozem: Servum meum insciens a te emi pecuniamque tibi solvi: eam me a te repetiturum et eo nomine condictionem mihi esse omnimodo puto, sive scisses meum esse sive ignorasses.*

³²⁶ D.46.3.50. *Paulus libro decimo ad Sabinum: Si, cum aurum tibi promississem, ignorantem quasi aurum aes solverim, non liberabor: sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. Petentem tamen te aurum exceptione summovebo, si non reddas aes quod accepisti.*

³²⁷ D.12.6.50. *Pomponius libro quinto ad Quintum Mucium: Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repeteri non potest.*

³²⁸ D.36.4.1. *Ulpianus libro 52 ad edictum: Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem si sciens heres indebitum cavet, repeteri non potest. Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisfactionem? Potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit qui ius ignoravit? Adhuc tamen benigne quis dixerit satisfactionem condici posse. Quid deinde, si commissa sit stipulatio, fideiussores putamus exceptione uti posse an non? Et magis est, ut utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisfactio, ex qua non debuit.*

ипак примио, због чега се поставља питање да ли наследник може подићи кондикцију и захтевати ослобођење од кауције.³²⁹ Кауција је овде дата у виду склапања стипулације, због чега Улпијан разматра могућност доделе тзв. кондикције *liberationis*³³⁰ у којој се реституција састоји у ослобађању од обавезе преузете стипулацијом. Уколико наследник није био у заблуди већ је, знајући да врши недуговано, кауцију ипак дао, не може захтевати повраћај – ослобођење од кауције. Обратно, ако није био свестан да је изузет од обавезе давања кауције, има право на кондикцију. Улпијан, дакле, само наследнику који је био у заблуди о обавези давања кауције додељује кондикцију *liberationis*.

3.5.2.1. Заблуда о могућности улагања трајног приговора

Претор је имао велики утицај у домену кондикционог права. Кондикција *indebiti* могла се применити и у случају исплате дуга који постоји по цивилном праву али чија се исплата може трајно одбити приговором (*exceptio*). Отуда, цивилноправна обавеза којој се може супротставити трајни приговор није ништа друго него обавеза која не постоји по преторском праву. Тако у фрагменту D.12.6.26.3.³³¹ Улпијан каже да под плаћањем које није дуговано треба схватити не само исплату непостојећег дуга (по цивилном праву), већ и дуга који постоји али се дужник од захтева за његово испуњење може одбранити трајним

³²⁹ *Cautio* (лат. опрез, сигурност, јемство, осигурање) представља „преузимање одговорности за испуњење неке обавезе којој постојећи правни поредак није пружао непосредну заштиту, и то најчешће уколико постоји опасност од евентуалног наступања штете због њеног неиспуњења. Давање јемства могло се уговорити на различите начине, али се обично остваривало путем стипулације (*stipulatio*).” Ж. Бујуклић (2012), 210. У фрагменту D.36.4.1. говори се о кауцији *legatorum nomine* коју је давао наследник а којом је гарантовао да ће све што је тестатор наредио у вези са остављеним легатом бити испуњено. О тој врсти кауције вид. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 384.

³³⁰ Schwarz сматра да је реч о интерполираном фрагменту јер је по њему *condictio liberationis* уведена тек у посткласичном праву. Према његовом мишљењу, у изворном тексту Улпијан је вероватно разматрао повраћај предмета који је предат извршењем обавезе из стипулације. Вид. F. Schwarz, 84.

³³¹ D.12.6.26.3. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Indebitum autem solutum accipiemus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.*

приговором.³³² Међутим, ако дужник плати, може захтевати повраћај под условом да није знао за могућност истицања трајног приговора.³³³

Обавеза не постоји по преторском праву само ако дужник може да уложи трајни приговор. С тим у вези, Папинијан у фрагменту D.12.6.56.³³⁴ истиче различито дејство привременог (дилаторног) и трајног (перемпторног) приговора. Уколико постоји пакт између дужника и повериоца да дужник неће бити тужен све док Тиције не постане конзул, Тицијева смрт ће дужников привремени приговор претворити у трајни, због чега се дотадашња цивилна обавеза по преторском праву сматра непостојећом.

Због заблуде о постојању трајног приговора кондикција се изричито додељује и у D.12.6.32.1. Уколико Јемац изврши исплату након што је са повериоцем склопио пакт да неће бити тужен (*pactum de non petendo*), има право да тражи повраћај плаћеног, при чему главни дужник остаје одговоран. Јемац је, упркос могућности улагања трајног приговора, платио стога што је погрешно веровао да је склопљен пакт о одлагању плаћања (привремени приговор), а не о опроштају дуга (трајни приговор).³³⁵

³³² О истом третману непостојећег дуга по цивилном и преторском праву на основу којег се додељује кондикција говори фрагмент D.12.6.54.

³³³ Питањем заблуде код кондикције *indebiti* нарочито се бавио Солаци (*Solazzi*). Он је мишљења да изворни Улпијанов текст из D.12.6.26.3. не садржи израз *scientia*, то јест да не указује на знање исплатиоца. Солаци стога сматра да је врло вероватно да израз *sciens* представља Трибонијанов додаток. Види Siro Solazzi, „L'errore nella conditio indebiti”, *Scritti di diritto romano IV (1938–1947)*, Napoli 1963, 99–100. Солацијевом мишљењу да је заблуда као претпоставка примене кондикције *indebiti* постављена тек у Јустинијановом праву супротставља се Schwarz, који истиче да се у фрагменту из Гајевих Институција (III, 91) употребљава израз *per errorem* из чега произилази да је претпоставка заблуде постојала пре Јустинијана. Према његовом мишљењу, није било нужно да класични правници у сваком фрагменту истичу заблуду као претпоставку примене кондикције. Вид. F. Schwarz, 32–33.

³³⁴ D.12.6.56. *Papinianus libro octavo quaestionum: Sufficit ad causam indebiti incertum esse, temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. Nam si qui, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est titio consulatum ineunte, summa ratione dicitur, quod interim solvitur, repeti: ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit conditionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio iuris, quae causam incertam habet, conditionis instar optinet.*

³³⁵ D.12.6.32.1. *Iulianus libro decimo digestorum: Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudenciam solverit, condicere stipulatori poterit et ideo reus quidem manet obligatus, ipse autem sua exceptione tutus est. Nihil autem interest, fideiussor an heres eius solvat: quod si huic fideiussori reus heres extiterit et solverit, nec repetet et liberabitur.*

Потом, у фрагменту D.12.6.26.7.³³⁶ исплатиоцу се изричито омогућава повраћај јер је извршио исплату цивилног дуга упркос томе што је могао да уложи трајни приговор. Наиме, ако купац земљишта нареди свом наследнику да ослободи продавца обавезе предаје ствари а продавац у незнању наследнику преда ствар, он може повратити земљиште путем кондикције. Другим речима, продавац је извршио предају ствари због тога што је био у заблуди да је на то обавезан јер није знао да се од наследниковог захтева може одбранити трајним приговором (*exceptio doli*). Продавац, међутим, може подићи кондикцију и захтевати повраћај земљишта.

Наведени примери показују да је заблуда исплатиоца о постојању или врсти обавезе у римском праву била потребна да би се применила кондикција *indebiti*. Исплатилац је био у заблуди да ће исплатом угасити обавезу али до тога није дошло. Најчешћи разлози због којих није дошло до гашења обавезе упркос извршеном плаћању су: објективно непостојање обавезе (обавеза уопште не постоји), постојање обавезе, али не према примаоцу исплате већ према трећем лицу (прва варијанта субјективног непостојања обавезе), постојање обавезе, али уместо правог дужника плаћање повериоцу врши лице које је у заблуди да је дужник (друга варијанта субјективног непостојања обавезе). Како обавеза није угашена, сматра се да је исплата била недугована услед чега прималац нема основ да је задржи те је дужан да изврши повраћај.

Кондикција се додељује само уколико је исплатилац заиста желео да угаси обавезу. Правни поредак не може да штити оног ко је извршио плаћање свестан да обавеза не постоји. Отуда је повраћај искључен ако је исплатилац знао да није био обавезан да изврши исплату или је знао да може одбити повериочев тужбени захтев путем трајног приговора. Исто важи уколико је стварни дужник свестан да уместо дуговане извршава другу чинидбу, односно да уместо дугованог предмета предаје онај који није био дужан да да.

³³⁶ D.12.6.26.7. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Adeo autem perpetua exceptio parit conditionem, ut Iulianus libro decimo scripsit, si emptor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere: idemque et si debitorem suum damnaverit liberare et ille ignorans solverit.*

3.5.3. НЕОСНОВАНОСТ ИСПЛАТЕ (*SINE CAUSA*)

Да би кондикција *indebiti* могла да буде примењена, захтева се да је стицање примаоца исплате неосновано. То се догађа када је начин стицања (*modus acquirendi*) извршен без ваљаног правног основа стицања (*iusta causa, iustus titulus*). Разлог који је навео исплатиоца да изврши плаћање огледа се у томе што је погрешно веровао да ће тиме угасити обавезу. Отуда кауза овде има двоструко значење: као правни основ стицања и као разлог (циљ) исплате. Кауза у значењу основа стицања има објективан карактер јер се унапред зна да ли је одређени правни основ усмерен на пренос својине. Тако, уколико је реч о контрактима као основу стицања, неки од њих подобни су да пренесу својину, док други преносе само детенцију. Друго значење које има кауза код кондикције *indebiti* јесте разлог (циљ) извршења чинидбе, то јест разлог (циљ) плаћања.³³⁷ У том значењу кауза има субјективан карактер јер се полази од оног што исплатилац жели када извршава чинидбу.³³⁸ Исплатилац врши исплату да би угасио обавезу, односно да би остварио правни циљ. Како, упркос томе што је извршено плаћање, обавеза није угашена (најчешће зато што уопште није ни постојала), сматра се да кауза није остварена, због чега исплатилац има право на повраћај.

Исплатилац има погрешну представу да је плаћањем угасио постојећу обавезу. Међутим, обавеза, по правилу, није угашена због тога што она за исплатиоца није ни постојала. Примање исплате има за последицу имовински прелаз који се огледа у томе да је исплатилац предајом ствари ради гашења обавезе пренео својину на њој на примаоца (*datio*). Како обавеза исплате није постојала, то се стицање појављује као неосновано, због чега је прималац дужан да изврши повраћај примљеног. Аутори покушавају да везу између стицања

³³⁷ Ово значење каузе код кондикције *indebiti* наглашава *Schwarz*, који сматра да исплатилац врши исплату да би угасио обавезу. Кауза његовог плаћања је гашење дуга (*causa liberationis*). Пошто исплатом не долази до гашења обавезе, исплатиоцу се омогућава повраћај због неиспуњења каузе. Вид. *F. Schwarz*, 23.

³³⁸ Управо је тај субјективан елемент уочио Гај (*Inst.* III, 91) и на основу њега је разликовао исплату недугованог од зајма. У оба случаја врши се исплата, међутим док у случају зајма постоји намера заснивања обавезе, у случају исплате недугованог намера је усмерена на гашење обавезе.

својине на ствари и обавезе њеног повраћаја објасне постојањем две каузе: *causa dandi* и *causa retinendi*.³³⁹ Путем исплате ради гашења обавезе (*solutio*) долази до преноса својине (*datio*) без обзира на постојање обавезе плаћања. *Causa dandi* представља основ стицања својине.³⁴⁰ Уколико *datio* није пуноважна³⁴¹, исплатилац је и даље власник који за повраћај датог може подићи реивиндикациону тужбу (*actio rei vindicatio*). Међутим, чак и ако *datio* није пуноважна, потрошњом (*consumptio*) примљене ствари остварују се ефекти као да је својина била пренета.³⁴² Ако је прималац постао власник ствари, његово стицање биће коначно само уколико постоји основ задржавања примљене исплате (*causa retinendi*).³⁴³ Тај основ је најчешће правни посао из кога настаје обавеза исплате (уговор, тестамент, легат *per damnationem*). Осим тога, основ задржавања може бити било који други акт (закон, сенатска одлука, принципсова одлука, судска пресуда) или обичајно правило које налаже обавезу исплате. Кондикција *indebiti* примењује се управо због тога што је исплатилац пренео својину на примаоца а за тај пренос не постоји основ задржавања (*causa retinendi*).

Објашњење исплате недугованог различитим каузама творевина је модерних теоретичара и свакако не одговара начину размишљања римских правника. Учење о каузи *dandi* и *retinendi* заснива се на неисторијском приступу па се стиче утисак да је кондикција *indebiti* исто толико стара колико и *solutio*

³³⁹ Слично објашњење даје Санфилипо (*Sanfilippo*), који такође говори о две врсте каузе: *causa proxima* и *causa remota*. *Causa proxima* је непосредна кауза на основу које се стиче својина. Она се може заснивати на акту давања у својину (*datio*), као у случају одбројавања новца (*numratio*), традиције (*traditio*) и манципације (*mancipatio*). *Causa proxima* се, међутим, може огледати и у некој правно релевантној чињеници на основу које се стиче својина независно од *datio* (*confusio*, *consumptio*, *accessio*). Непосредна кауза је неопходна, али није довољна да би се створила обавеза повраћаја на основу исплате недугованог. *Causa proxima* доводи до стицања својине, али обавеза повраћаја стеченог настаје услед непостојање каузе задржавања стеченог (*causa remota*). Та кауза је објективне природе и представља правни основ који правни поредак признаје као подобан за имовински прелаз с једног субјекта на други. Уколико такав основ постоји у конкретном случају, стицалац има право да задржи стечено. У супротном, дужан је да изврши његов повраћај. Вид. С. Sanfilippo, 78–79.

³⁴⁰ F. Schwarz, 221.

³⁴¹ *Datio* на пример, није пуноважна када исплатилац нема способност располагања својом имовином или када располаже туђом ствари.

³⁴² A. Saccoccio, 305.

³⁴³ F. Schwarz, 221.

indebiti, што није тачно. Наиме, кондикција је морала настати касније да би се спречило коначно стицање неосноване исплате. *Solutio indebiti* и кондикција *indebiti* могу се исправно објаснити само ако се узме у обзир њихов историјски развој.³⁴⁴ У почетку је исплата (*solutio*) представљала коначан акт стицања који се није могао побијати непостојањем обавезе плаћања.³⁴⁵ Тада још увек није постојала кондикција *indebiti*, па је *solutio* истовремено била и основ стицања и основ задржавања стеченог, чак и да обавеза исплате није постојала.³⁴⁶ С њеним увођењем долази до премештања основа задржавања са сâме исплате на правни основ који установљава обавезу исплате. Због тога, иако је *solutio* извршена и својина пренета, њено стицање није коначно уколико не постоји правни основ, а самим тим ни обавеза у сврху чијег гашења је учињена исплата. Кондикција *indebiti* настала је као израз потребе за поништавањем стварноправних дејства стицања насталих недугованом исплатом (*solutio indebiti*). Увођење кондикције заснива се на идеји правичности на основу које лице које је неосновано стекло туђу ствар мора да изврши повраћај. Неосновано стицање управо представља језгро из којег се развио модеран институт правно неоснованог обогаћења. У том смислу није претерано рећи да историја кондикције представља историју правно неоснованог обогаћења.

³⁴⁴ Berthold Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg 1987, 18–19.

³⁴⁵ Исплата (*solutio*) представљала је коначан акт стицања у старом римском цивилном праву (*ius civile antiquum*), у којем су правна дејства настајала из предузете строге форме која се захтевала не само за склапање правних послова, већ и за њихово гашење (паралелизам форми). *Solutio* је, стога, у почетку била формална због чега се, на пример, обавеза из стипулације гасила у форми акцептилације. Међутим, временом је исплата постала неформална, али је као рекликт прошлости имала за последицу пренос својине. Оно што је било ново у односу на време када је *solutio* имала за последицу коначно стицање без обзира на постојање обавезе исплате била је могућност примене кондикције. Наиме, уколико обавеза исплате није постојала, исплатилац је путем кондикције *indebiti* захтевао повраћај плаћеног, чиме је поништавао њена стварноправна дејства. Вид. више R. Zimmermann, 754–756.

³⁴⁶ Као један од аргумената у прилог своје тезе Kupisch наводи фрагмент D.12.6.66, у којем се каже да је кондикција уведена из доброг и правичног. Због тога је могуће да је увођење кондикције *indebiti* израз развијеног осећаја за правичност који је био повод да се *solutio* оспори као коначно стицање. Вид. В. Kupisch (1987), 19.

3.5.3.1. Искључење примене кондикције *indebiti*

Кондикција има корективну функцију да исправи неосновано стицање тако што се предмет стицања враћа исплатиоцу. Уколико основ стицања постоји, нема места примени кондикције. У случају исплате, прималац има основа да задржи стечено онда када је дуг угашен. Тада се сматра да је правни циљ остварен, из чега произилази да је постојао и одговарајући правни основ (*iusta causa, iustus titulus*).

У римским изворима постоји више фрагмената у којима се искључује примена кондикције услед тога што је обавеза угашена. Тако, према фрагменту D.12.6.26.13³⁴⁷, једно лице се стипулацијом обавезало или да плати десет или да преда роба Стиха. Ако плати само пет, поставља се питање да ли може подићи кондикцију и захтевати натраг плаћену суму. Неспорно је да је из стипулације настала алтернативна облигација. Међутим, спорно је када настаје гашење обавезе у случају алтернативних облигација. Одговор зависи од тога да ли је плативши пет дужник делимично ослобођен своје обавезе. Уколико јесте, не може подићи кондикцију. У супротном може. Улпијан у одговору наводи Целзово и Марцелово мишљење да делимично испуњење не доводи до делимичног гашења обавезе. Стога, исплатилац који је предао само пет (делимично испунио обавезу) није угасио своју обавезу за тај износ. Из тога се закључује да исплатилац може подићи кондикцију и добити натраг исплаћених пет. Међутим, у фрагменту се исплатиоцу додељује кондикција за исплаћену суму тек уколико и када преда роба Стиха. Такво решење је јасно јер се делимична исплата од пет не сматра недугованом иако, према Целзовом и Марцеловом мишљењу, не доводи до

³⁴⁷ D.12.6.26.13. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat conditio, si non liberor, erit conditio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.*

делимичног гашења обавезе. Али ако дужник преда роба Стиха, сматра се да је угасио обавезу. Тек тада исплата од пет постаје недугована па се кондикцијом може захтевати њен повраћај. С друге стране, уколико дужник уместо да преда роба плати преосталих пет, такође се сматра да је угасио обавезу, што искључује примену кондикције.

У фрагменту D.46.3.96.4.³⁴⁸ искључује се примена кондикције због тога што је наступило гашење дуга у тренутку када је супститут постао наследник. Наиме, ако је дужник у заблуди уместо првоименованом наследнику извршио исплату његовом супституту, има право да подигне кондикцију и захтева повраћај све док супститут не постане наследник јер се све до тада сматра да је примио недуговано. Кондикција се искључује у тренутку гашења обавезе, што се дешава онда када супститут постане наследник.

Према фрагменту D.46.3.58³⁴⁹, кондикција је искључена и ако је обавеза угашена. Према чињеничном стању, исплата је извршена пословођи без налога. Одговарајући на питање да ли исплатилац има право на кондикцију, Улпијан се позива на Јулијана, према чијем мишљењу исплатилац може подићи кондикцију једино уколико није ослобођен дуга. Све док господар не одобри посао, сматра се да исплатилац није угасио обавезу. У случају да он не одобри посао, узима се да обавеза није угашена.

Кондикција се искључује не само када је угашена цивилна обавеза већ и ако је угашена природна облигација, при чему је исплатилац погрешно веровао да судским путем може бити принуђен на исплату. Уколико ослобођеник обави мануелне радове (*operae officiales*) за свог патрона због тога што је био у заблуди

³⁴⁸ D.46.3.96. 4. *Papinianus libro 11 responsorum: Cum institutus deliberaret, substituto pecunia per errorem soluta est: ad eum hereditate postea devoluta causa condictionis evanescit: quae ratio facit, ut obligatio debiti solvatur.*

³⁴⁹ D.46.3.58. *Ulpianus libro 80 ad edictum: Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? Et ait Iulianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. Idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? Et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extinguere conditionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum non habuisset.*

да тужбом може бити принуђен да их испуни, неће имати право на кондикцију.³⁵⁰ Ово стога што ослобођеник, за разлику од радова који претпостављају посебну вештину попут рада лекара, уметника и сл. (*operae fabriles*), има природну облигацију да обавља мануелне радове за свог патрона. Извршење тих радова не представља извршење недугованог премда поверилац (патрон) не може судским путем захтевати њихово испуњење. Ослобођеник нема право на повраћај ни у случају да је уместо физичког обављања рада свом патрону платио одговарајућу суму новца.

Фрагмент D.12.6.64. сведочи о томе да се не може извршити повраћај плаћеног упркос постојању заблуде исплатиоца.³⁵¹ Овде правник Трифонин истиче да уколико дотадашњи власник роба има дуг према њему и исплати га након што је извршена манумисија, нема право на повраћај плаћеног чак и да је био у заблуди поводом тога да га ослобођеник може тужити. Кондикција се не може подићи зато што је дотадашњи власник имао природну облигацију према ослобођенику, те се не сматра да је њеном исплатом извршио недуговано.

3.6. CONDICTIO OB REM (CONDICTIO CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA)

³⁵⁰ D.12.6.26.12. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. Sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decedit pecunia et solvit, repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. Et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. Sed haec, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretiosorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. Sed si denegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro vicensimo digestorum quaeritur. Et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (haec enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere neque ei cui solvit creditori, cui alterius contemplatione solutum est quique suum recipit, neque patrono, quia natura ei debentur.*

³⁵¹ D.12.6.64. *Tryphoninus libro septimo disputationum: Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est.*

У савременим правима, осим исплате недугованог (*condictio indebiti*), санкционише се и чињенично стање које одговара римској кондикцији *ob rem* (у Јустинијановом праву кондикцији *causa data causa non secuta*).³⁵² Кондикционо чињенично стање овде се заснива на томе да није наступио циљ који је страна која је извршила чинидбу имала на уму а који је примаоцу чинидбе морао бити познат.³⁵³ Та врста кондикције налази се у Дигестама у наслову *De condictioe causa data causa non secuta* (D.12.4), док се у Кодексу налази под називом *De condictioe ob causam datorum* (C.4.6). Судаћи према броју фрагмената у Дигестама, после кондикције *indebiti* она је представљала најважнију врсту кондикције.

Condictio ob rem настала је као последица ограниченог броја римских контраката. Наиме, у римском праву је постојало онолико контраката колико је било предвиђено формула³⁵⁴ које су садржале опис апстрактног чињеничног стања којем је требало да одговара конкретно чињенично стање да би судски поступак уопште могао да буде покренут. Уколико конкретан тужилац није могао да подведе своју спорну ситуацију ни под једну апстрактну формулу, није имао право на тужбу. Због тога, страна која је извршила своју „обавезу” на основу споразума који се није могао подвести ни под једну формулу постојећих консензуалних уговора није могла правно да натера другу страну да изврши своју

³⁵² Види, на пример, чл. 1434 ABGB, чл. 62, ст. 2. Швајцарског законика о облигацијама, чл. 812, ст. 1. и чл. 815 BGB, чл. 2032 Италијанског грађанског законика, чл. 210, ст. 2 ЗОО.

³⁵³ У савременом праву постоје две групе случајева у којима се може захтевати повраћај због неиспуњења циља чинидбе. Прву групу чине чинидбе које саме по себи не значе закључење уговора али се предузимају са одређеним циљем који се често огледа у будућем закључењу уговора (на пример, издавање признанице у очекивању да ће бити закључен уговор о зајму или исплата одређене суме новца у очекивању да ће бити закључен уговор о купопродаји). У другу групу спадају чинидбе које саме по себи доводе до закључења уговора (најчешће уговора о поклону), али које су такође предузете са одређеним циљем који мора бити јасно одређен приликом закључења тог уговора (на пример, учини се поклон веренику због предстојећег закључења брака или се вереницима поклони кућа ради отпочињања брачног живота или се даје материјална помоћ старијем лицу у очекивању да оно даваоцу помоћи завешта одређену ствар). У теорији се изражава став да такве чинидбе нису без основа већ су засноване на уговору. Према једном мишљењу, циљ давања тада постаје саставни део каузе уговора па се у случају неостварења циља најпре мора тражити раскид уговора након чега се захтева повраћај датог. Према другом мишљењу, циљ представља раскидни услов па се његово неостварење расправља према општим правилима о раскидном услову. Вид. Ј. Даниловић (1978), 422.

³⁵⁴ О појму формуле вид. Ж. Бујуклић (2012), одредница *formula*, 336–347; Dario Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999, 15–34.

„обавезу”. Међутим, уколико није било могуће захтевати извршење противчинидбе, страна која је испунила своју „обавезу” у ситуацији у којој је изостала противчинидба друге стране могла је кондикцијом *ob rem* да захтева повраћај оног што је извршила.

Класични правници су, говорећи о тој врсти кондикције, употребљавали израз *ob rem dare* и додељивали кондикцију *re non secuta*.³⁵⁵ Они су такође познавали израз *dare ob causam*. Међутим, за класичне правнике *res* и *causa* нису представљали синониме.

3.6.1. DARE OB REM У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

У класичном праву израз *res* углавном има значење циља³⁵⁶, те израз *dare ob rem* има значење *дати (пренети својину) у одређеном циљу*.³⁵⁷ Циљ се могао састојати у: закључењу брака,³⁵⁸ добијању неке ствари,³⁵⁹ еманципацији сина или ослобођењу роба,³⁶⁰ извршењу неког дела попут одласка на пут³⁶¹ или изградњи споменика у сећање на даваоца³⁶² и др. Давање се могло извршити у часном (*ob honestam rem*) или нечасном циљу (*ob turpem rem*), при чему се повраћај датог могао потраживати само у случају неостварења часног циља.³⁶³ Уколико је реч о нечасном циљу, повраћај датог не зависи од остварења циља већ се води рачуна о томе да ли се нечасност може приписати само једној или обема странама. Ако су и давалац и прималац нечасни (дат је новац да се неправилно суди), не дозвољава се

³⁵⁵ F. Schwarz, 117.

³⁵⁶ Термин *res* нема значење циља већ дејства у фрагменту D.40.7.41.1. *Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomarum Paulus. Si quis liber esse iussus fuerit, si decem heredi promississet, quamquam ea promissio nullam rem habitura est, tamen promittendo liberabitur.*

³⁵⁷ F. Schwarz, 135.

³⁵⁸ D.12.4.9.

³⁵⁹ D.19.5.5.1.

³⁶⁰ D.12.4.1.

³⁶¹ D.12.4.5.

³⁶² D.12.4.11.

³⁶³ D.12.5.1.1.

повраћај датог.³⁶⁴ Међутим, ако је нечастан само прималац, давалац може извршити повраћај чак и да је циљ давања остварен.³⁶⁵

Циљ (*res*) се остварује извршењем противчинидбе друге стране, која се може састојати у *facere, dare* или *non facere*.³⁶⁶ Уколико противчинидба изостане, страна која је извршила чинидбу има право на повраћај датог. Такво поимање термина *res* у потоњем историјском следу узроковало је настанак безимених контраката у којима је страна која је извршила своју чинидбу могла натерати другу страну на извршење противчинидбе тужбом *praescriptis verbis*.³⁶⁷ У римском праву као и данас постоје акти чије се извршење не може изнудити тужбом. Тако се, на пример, неко не може натерати на закључење брака. Међутим, давање мираза (*dos*) може се посматрати као давање извршено са циљем закључења брака.³⁶⁸ Уколико је мираз дат пре закључења брака, његова ваљаност је зависила од ваљаности брака.³⁶⁹ Ако брак не буде склопљен или не буде пуноважан, вереник неће имати основа да задржи предмет мираза, због чега је дужан да га врати.³⁷⁰ Пре закључења брака предате ствари *dotis nomine* не представљају још увек мираз, али вереник стиче својину на њима. *Datio* је, дакле, извршена са тачно одређеним циљем који се огледа у установљењу мираза који наступа у тренутку склапања пуноважног брака.³⁷¹ Уколико циљ не буде остварен

³⁶⁴ D.12.5.3.

³⁶⁵ D.12.5.1.2.

³⁶⁶ Према фрагменту D.12.6.65.4, уколико је нешто дато да би се остварио циљ, реституција је заснована на идеји доброг и правичног, као када ти нешто дам да бих од тебе добио нешто, а ти то не извршиш. Отуда се по *Kupisch*-евом схватању *res* изједначава са противчинидбом. Вид. В. Kupisch (1987), 12.

³⁶⁷ У фрагменту D.19.5.5.1. говори се о трампи. Стога компилатори додељују тужбу *praescriptis verbis* против примаоца ствари којом се од њега захтева да даваоцу преда другу ствар на коју се споразумом обавезао. У класичном праву трампа је представљала случај давања извршеног са циљем да се добије нека друга ствар, те је прималац који није извршио давање могао бити натеран само да изврши повраћај примљене ствари путем кондикције *ob rem*.

³⁶⁸ То само у случају да давање мираза претходи закључењу брака, јер се у римском праву мираз могао дати и након закључења брака: *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium, et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dari potest* (Paulus, *Sent.* II, 21.1)

³⁶⁹ *Dos sine matrimonio esse non potest* (D.23.3.3.) – „Мираз без брака нема важности”.

³⁷⁰ D.12.4.7.1.

³⁷¹ У инцестном браку не може бити установљен мираз, због чега се све што је примљено по том основу може одузети као да је реч о плодовима (стеченим од несавесног држаоца). D.23.2.52.

(склапање пуноважног брака), мираз није установљен те се извршено давање сматра неоснованим, због чега је прималац дужан да изврши повраћај. Осим предаје добара на којима вереник стиче својину, давање мираза може се састојати и у ослобођењу од дуга (*acceptilatio*).³⁷² Јуриспруденти су разматрали и ко може потраживати повраћај мираза у ситуацији када давалац није отац невесте већ треће лице (*dos adventicia*).³⁷³

Condictio ob rem најчешће се примењивала за повраћај ствари дате у својину који је обухваћен изразом *dare ob rem*. Иако је кондикција настала као израз потребе да се оствари повраћај неосновано стечених телесних ствари, развојем правне свести увидело се да и неосновано ослобођење од дуга представља неосновано обогаћење дотадашњег дужника које мора бити санкционисано. Отуда су класични правници ту врсту кондикције примењивали и на случајеве када тужилац није извршио *datio* већ формално ослобођење дуга (*acceptilatio*).³⁷⁴ Примена кондикције у случајевима неосновано извршене престације *facere* потврђује да је реч о самосталном средству за спречавање неоснованог обогаћења, а не о супституту реивиндикационе тужбе.³⁷⁵ Ако се неосновано извршена престација састоји у чињењу (*facere*), с обзиром на то да

³⁷² Према фрагменту D.23.3.43, мираз са циљем предстојећег закључења брака може бити установљен формалним ослобођењем од дуга будућег мужа. У случају да до закључења брака уопште не дође, акцептилација се сматра ништавом, због чега потраживање према мужу и даље постоји.

³⁷³ Треће лице намерава да учини жени поклон па по њеном налогу изврши плаћање на име мираза њеном веренику. Уколико брак не буде склопљен, жена има право на кондикцију. Међутим, треће лице може уговорити са вереником да се у случају да брак не буде склопљен исплаћени новац има вратити исплатиоцу. Како се повраћај врши на основу пакта, исплатилац подиже кондикцију као за нешто што је дато у одређеном циљу који се није остварио (*quasi ob rem datur et re non secuta*). Вид. D.12.4.9.

³⁷⁴ Према фрагменту D.12.4.4, поверилац је свог дужника формално ослободио дуга (*acceptilatio*) јер је овај обећао да ће обезбедити новог дужника (промисора). Уколико првобитни дужник то не учини, одговара на основу кондикције. Сличан случај налази се и у D.16.1.8.8.

³⁷⁵ Инсистирањем на елементу *datio* као претпоставци примене кондикције могло би се закључити да је реч о правном средству другоразредног карактера које се примењује само онда када се изгуби могућност примене реивиндикационе тужбе. То је само делимично тачно јер се кондикција примењивала за повраћај сваке неосновано извршене престације а не само оне која представља *datio*. Тако, ако је ослобођеник неосновано извршио одређену врсту радова свом патрону јер је био у заблуди да је на то обавезан, Целз ослобођенику додељује кондикцију за исплату суме која одговара новчаној вредности извршеног рада, то јест цени коју би патрон платио да је уговорио његово извршење (D.12.6.26.12).

није могуће повратити извршену радњу, тужени се обавезује да изврши исплату у вредности примљене престације.³⁷⁶

3.6.2. *DARE OB CAUSAM* У КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

Изрази *ob rem* и *ob causam* за класичне правнике нису имали исто значење. *Datio ob rem* је давање извршено у одређеном циљу. С друге стране, *datio ob causam* у класичном праву означава добродино давање чији је мотив очекивана или већ извршена примаочева чинидба.³⁷⁷ Притом, мотив давања није правно релевантан.³⁷⁸ Основна разлика међу њима састоји се у томе што уколико се циљ давања не испуни, давалац има право на повраћај. Напротив, нема повраћаја датог *ob causam* уколико се испостави да је мотив погрешан. Кључни фрагмент за такво тврђење представља D.12.6.52, у којем се каже да је свако давање извршено или због узрока (*ob causam*) или због циља (*ob rem*).³⁷⁹ Узрок (*causa*) треба схватити као повод, мотив давања, при чему заблуда о мотиву нема утицаја на пуноважност посла. Тако, ако је давалац веровао да се прималац у прошлости понашао на одређени начин а то није била истина, он не може захтевати повраћај датог.³⁸⁰ С друге стране, давање у одређеном циљу (*ob rem*) односи се на будућност јер се давање врши у очекивању да ће прималац извршити одређену противчинидбу. Уколико се то не деси, давалац има право на повраћај.

³⁷⁶ Лице које изврши чинидбу другом лицу која не представља *datio*, при чему циљ не буде остварен јер друго лице није извршило противчинидбу може подићи кондикцију *ob rem* како би добило повраћај вредности извршене чинидбе коју би требало назвати *condictio ob rem facti*. Вид. Fritz Sturm, „La condictio ob transactionem”, *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, vol. III, Milano 1983, 641.

³⁷⁷ F. Schwarz, 121.

³⁷⁸ *Ibid.*, 123.

³⁷⁹ D.12.6.52. *Pomponius libro 27 ad Quintum Mucium: Datus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.*

³⁸⁰ О мотиву се није водило рачуна код располагања путем легата. Тицију је легиран роб Стих због тога што је декујус веровао да је Тиције у време његовог одсуства управљао његовим пословима или да је захваљујући Тицијевој одбрани ослобођен смртне казне. Легат ће бити пуноважан чак и уколико се испостави да Тиције никада није управљао оставиоочевим пословима или да га није бранио на суду (*Iustiniani Inst.* II,20.31).

Ob rem и *ob causam* јасно су раздвојени и у фрагменту D.12.5.1: све што је дато, дато је или због циља (*ob rem*) или због узрока (*ob causam*), при чему циљ давања може бити нечастан или частан.

Давање *ob rem* и *ob causam* разликује се и у D.12.6.65. Давање *ob causam* постоји у случају када је поклон учињен због тога што је поклонодавац веровао да му је поклонопримац помогао у некој трансакцији.³⁸¹ Чак и да то није истина, поклонодавац нема право на повраћај јер заблуда о мотиву не утиче на учињено располагање. Међутим, код давања *ob rem* давалац извршава чинидбу ради извршења противчинидбе друге стране. Уколико изостане противчинидба, добро и правично налажу да давалац изврши повраћај.³⁸²

3.6.3. ПОСТКЛАСИЧНО И ЈУСТИНИЈАНОВО ЗНАЧЕЊЕ ИЗРАЗА *DARE OB CAUSAM*

У посткласичном праву значење термина *causa* се најпре проширује у говорном језику, а потом, у време после Диоклецијана, оно у потпуности улази и у правнички говор.³⁸³ Проширење је ишло у правцу изједначавања правног значења термина *res* и *causa*.³⁸⁴ Тако су ти термини без разлике употребљени у фрагменту D.12.5.9, у којем се говори о давању у нечасном циљу који се огледа у томе да је послугодавац платио одговарајући новчани износ да би ствар дату на послугу од послугопримца добио натраг. Послугопримац је на основу уговора о послузи дужан да послугодавцу врати ствар те се захтевање новчаног плаћања као услов њеног враћања сматра нечасним због чега послугодавац има право на повраћај плаћеног. Термини *res* и *causa* употребљени су као синоними и у

³⁸¹ D.12.6.65.2.

³⁸² D.12.6.65.4.

³⁸³ F. Schwarz, 132.

³⁸⁴ *Ibid.*

фрагменту D.12.5.1.2³⁸⁵, у коме је реч о примању у нечасном циљу (*ob turpem causam*), код кога се дозвољава право на повраћај чак и да је циљ (*res*) остварен.

У фрагменту D.12.6.65.3. говори се о кондикцији на основу давања са циљем испуњења услова (*datio propter conditionem*). Ако неко изврши давање са циљем испуњења услова неопходног за добијање легата или наследства, може тражити повраћај датог уколико се испостави да је легат остављен другом лицу или да је опозван. Овде је реч о часном циљу (*ob honestam rem*) који се састоји у добијању легата, односно наследства. Међутим, како до његовог остварења није дошло, давалац има право на повраћај. У изразу *...quia causa, propter quam dedi, non est secuta* термин *causa* означава циљ који се у класичном праву означавао термином *res*.³⁸⁶ Класични правници су као чињенично стање познавали само *ob rem datum – re non secuta* у значењу онога што је дато са циљем који се остварује извршењем противчинидбе друге стране.³⁸⁷

У Јустинијановом праву *condictio causa data – causa non secuta* има шире поље примене од оног које је у класичном праву имала *condictio ob rem*. Широка примена кондикције *causa data – causa non secuta* проузрокована је измењеним значењем израза *ob rem*, који се почео примењивати као синоним израза *ob causam*.³⁸⁸ Наиме, док је значење израза *dare ob rem* у класичном праву имало значење дати са циљем извршења противчинидбе, у Јустинијановом праву тај

³⁸⁵ D.12.5.1.2. *Paulus libro decimo ad Sabinum: Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest* – „Ако је неко нешто примио у неморалном циљу, иако је циљ испуњен, може се захтевати повраћај.” Нешто другачији превод даје Ante Romac (*Izvori rimskog prava. Latinski tekstovi s prijevodom*, Zagreb 1973, 439): „Ако је netko nešto dobio po nemoralnoj osnovi, iako је pravni posao ispunjen, može se to natrag tražiti.”

³⁸⁶ F. Schwarz, 132.

³⁸⁷ *Ibid.*, 133.

³⁸⁸ Према фрагменту D.12.4.6, лице које не припада фамилији жене дало је мираз мужу и са њим се споразумело да на који год начин дође до престанка брака мираз треба да буде враћен његовом даваоцу. С обзиром на то да се споразум између даваоца и вереника односи само на догађаје који следе након закључења брака, поставља се питање да ли ће и коме бити извршен повраћај мираза уколико брак уопште не буде склопљен. Улпијан каже да у том случају кондикцију *quasi causa non secuta* може да подигне давалац. Кондикција се додељује као да кауза није испуњена. Кауза се сматра неиспуњеном ако дође до престанка брака, па се ситуација у којој до брака уопште није ни дошло своди на неостваривање каузе. За разлику од класичног права у коме закључење брака представља циљ давања мираза за који се употребљава термин *res*, у том фрагменту склапање брака означено је термином *causa*.

израз је добио значење дати под претпоставком извршења противчинидбе.³⁸⁹ С друге стране, *dare ob causam* у Јустинијановом праву такође значи дати под одређеном претпоставком која се састоји у наступању неке околности.³⁹⁰ Тако, на пример, кад је реч о поклону за случај смрти, поклонодавац чини поклон под претпоставком да поклонодавац не преживи. Кондикцију *causa data causa non secuta* због тога треба разумети као тужбу која се примењује када је давање извршено под претпоставком која се није испунила због чега давалац потражује повраћај датог.

3.6.4. ЈУСТИНИЈАНОВА *CONDICTIO CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA*

У Дигестама је тој врсти кондикције посвећен посебан наслов *De conditione causa data causa non secuta* (D.12.4). У Јустинијановом праву *condictio causa data causa non secuta* примењивала се на чињенично стање класичног права „*datio ob rem*”. Осим тога, она је била примењива на још неколико група различитих случајева: *datio ob transactionem*, *datio propter conditionem*, *donatio mortis causa* који су у класичном праву представљали посебне кондикционе случајеве.

3.6.4.1. *Datio ob transactionem*

Класични правници су *datio ob transactionem* посматрали као самосталну каузу *traditionis*.³⁹¹ У фрагменту D.12.6.65. компилатори су случајевима „*datio ob rem*” придружили случајеве „*ob transactionem dare*” и предвидели исти режим за обе врсте давања иако за класичне правнике оне нису биле исто.³⁹²

³⁸⁹ F. Schwarz, 133.

³⁹⁰ У фрагменту D.12.4.15. господар је роба осумњиченог за крађу предао покраденом под претпоставком да му буде враћен уколико се утврди да је невин. *Ibid.*, 124.

³⁹¹ F. Schwarz, 159.

³⁹² A. Pernice, 236.

Transactio (од *transigere* – посредовати, договорити се, изравнати спор), представља споразумну нагодбу којом се две странке договоре да међусобним уступцима реше спорни однос и тиме избегну покретање парнице или наставак већ започете.³⁹³ У Дигестама се истиче да се „поравнатим” или „ликвидираним” сматра не само оно што је решено судским путем, него и оно што би се постигло без суда: „Као предмет нагодбе, односно као окончано морамо сматрати не само оно због чега спор настаје (тече, води се) него и оно што је постигнуто (добијено, стечено) изван спора.”³⁹⁴ *Transactio* се по свом дејству изједначавала са пресуђеном ствари (*res iudicata*): „Поравнање је као судска пресуда”,³⁹⁵ потом: „Спорове или парнице, које су окончане законитим нагодбама, не треба поново подизати.”³⁹⁶ У Дигестама је овој установи посвећен посебан титулус под називом *De transactionibus* (D.2.15), што показује колики је значај Јустинијан придавао тој установи. У Јустинијановом Кодексу сакупљене су конституције ранијих царева, у којима се такође говори о поравнању, и то у виду једноставних правних сентенци, попут: „Нема поравнања ако се ништа не даје, не задржава или не обећава.”³⁹⁷ Из тога произлази да поравнање претпоставља узајамне уступке јер уколико би странке једна другој чиниле одређене услуге а не уступке с намером да реше спор, онда би то било даровање, а не поравнање.³⁹⁸

Поравнање које је постигнуто пред судом има за последицу *ne bis in idem*. Његовим закључењем није се могао водити поновни поступак, а у посткласичном праву није била могућа ни жалба.³⁹⁹ Међутим, поравнање које је закључено ван суда није имало обавезујућу снагу. Кондикција се примењивала управо у случајевима када је само једна страна извршила споразум о поравнању.

³⁹³ Ж. Бујуклић, „Европске интеграције Србије и алтернативно решавање спорова („ADR“): иновација и (или) древна правна традиција”, *Право и привреда*, 1–9/2014, 445–450.

³⁹⁴ D.50.16.229. *Paulus libro singulari de tacitis fideicommissis*: „*Transacta finitave intellegere debemus non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa*.” Превод А. Ромас, *Minerva, Florilegium sententiarum latinarum*, Zagreb 1988, 726–727

³⁹⁵ CJ. 7,51,3: *Transactio est instar rei iudicatae*. Нав. према А. Ромас (1988), 727.

³⁹⁶ CJ. 2,4,16: *Causas vel lites transactionibus legitimis finitas, resuscitari non oportet*. *Ibid.*

³⁹⁷ C.J. 2,4,38: *Transactio nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit*. *Ibid.*

³⁹⁸ Ж. Бујуклић (2014), 448.

³⁹⁹ *Ibid.*, 447.

Неформални споразум (*transactio*) углавном склапају дужник и поверилац из неког већ постојећег облигационог односа, преузимајући нове међусобне обавезе: трансакциони дужник треба да изврши неку чинидбу да би се, с друге стране, трансакциони поверилац одрекао утужења претходно постојећег потраживања према њему. Отуда циљ „поравнања” (*causa transactionis*) неће наступити уколико трансакциони поверилац ипак подигне тужбу из раније постојећег облигационог односа.⁴⁰⁰ Кондикција се примењује када је нагодбу поштовао само дужник, али не и поверилац. Наиме, дужник је извршио чинидбу на коју се нагодбом обавезао, али је поверилац ипак подигао тужбу против њега. Како циљ нагодбе није остварен, дужник кондикцијом може да захтева повраћај датог.

У Улпијановом фрагменту D.12.6.23.3.⁴⁰¹ истиче се да „злонамерно поступа онај који тражи више, супротно закљученој погодби.”⁴⁰² Злонамерност се огледа у томе да је поверилац намерно желео да добије више упркос склапању пакта о поравнању. Ако је пакт склопљен пре литисконтестације, али након постигнуте нагодбе друга страна ипак подигне тужбу за испуњење примарне обавезе, изневерена страна може подићи приговор (*exceptio doli*). Али ако је пакт склопљен након литисконтестације, па упркос томе поверилац не одустане од поступка, дужник ће бити осуђен да изврши примарну обавезу. Међутим, он има

⁴⁰⁰ F. Schwarz, 257.

⁴⁰¹ D.12.6.23.3. *Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Si quis post transactionem nihilo minus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet. Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem: sed si post litem contestatam transactum est, nihilo minus poterit exceptione doli uti post secuti: dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit. Ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit neque repeti solet quod ob causam datum est causa secuta: sed hic non videtur causa secuta, cum transactioni non stetur. Cum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet: neque enim utrumque debet locum habere et repetitio et exceptio.*

⁴⁰² Иако је у Јустинијаново доба овај случај уврштен у наслов који говори о исплати недугованог, суштински то је случај који су класични правници разматрали као *datio ob transactionem*, која представља подврсту давања *ob rem*. Тако F. Schwarz, 161. Циљ који исплатилац жели постићи састоји се у ослобађању од претходно установљене обавезе. Будући да овде циљ није постигнут (јер је поверилац упркос пакту на основу кога се одрекао подизања тужбе ову ипак подигао), дужник има право да захтева повраћај оног што је дао *ob transactionem*.

право да поврати оно што је исплатио на основу поравнања путем кондикције *ob transactionem*.⁴⁰³

Из тог фрагмента произлази да трансакција може бити склопљена и када је поступак већ у току. У том случају, уколико је пакт склопљен пре литисконтестације, дужник има право да уложи приговор о склопљеном пакту (*exceptio pacti*).⁴⁰⁴ С друге стране, ако је пакт закључен након литисконтестације, ван суда, дужник нема могућност да уложи тај приговор већ искључиво од повериоца зависи да ли ће одустати од даљег вођења поступка. Ако одустане, пресуда неће бити донета па ће се сматрати да је *causa transactionis* остварена. Међутим, у случају да поверилац настави да води поступак и пресуда буде донета против дужника, он ће кондикцијом моћи да захтева повраћај датог *ob transactionem*.⁴⁰⁵

С обзиром на то да се поверилац неформално одриче подизања тужбе из претходног облигационог односа, споразум који представља трансакцију може се посматрати и као посебан случај „опроштаја дуга” (*pactum de non petendo*).⁴⁰⁶ Уколико дужник *ex causa transactionis* изврши одређену чинидбу или је формално обећа, таква *datio* или *promissio* трансакционог дужника ступа на место задовољења захтева из претходно постојећег дужничко-поверилачког односа. Управо је циљ дужникове престације да се ослободи извршења чинидбе из раније постојеће облигације.⁴⁰⁷ Међутим, трансакциони дужник извршава чинидбу не као противчинидбу због одрицања трансакционог повериоца од подизања тужбе (из претходно постојећег односа), већ као накнаду повериоцу који не добија претходну дуговану чинидбу.⁴⁰⁸ У случају да трансакциони поверилац (упркос

⁴⁰³ *Sturm* наглашава да *condictio ob transactionem* не треба мешати са *condictio ob rem dati*. Према његовом мишљењу, *condictio ob transactionem* се примењује онда када је давање учињено на основу непостојеће или неважеће нагодбе, док се друга примењује уколико је пуноважна нагодба склопљена, али није испуњен циљ који је њом требало да буде постигнут, или је пак делимично испуњен. Вид. *F. Sturm*, 657.

⁴⁰⁴ *F. Schwarz*, 258–259.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*, 160.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, 162.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, 161.

пакту) тужи дужника и овај буде обавезан да изврши чинидбу из ранијег облигационог односа, дужник може да захтева повраћај оног што је извршио на име пакта.

Из другог Улпијановог текста (D.5.2.29.2) произлази да *transactio* коју закључи тестаментарни наследник поводом оспореног тестаamenta не утиче на важење легата или манумисије из тестаamenta који остају на снази.⁴⁰⁹ Спор који се решава поравнањем може настати како поводом обавезе из контракта и деликта, тако и поводом стварног, породичног или наследног права (спор поводом службености, пекулијума, мираза, легата и сл.).⁴¹⁰

У класичном периоду неформални споразуми који су представљали трансакцију били су неутуживи. Вероватно се њихова утуживост у почетку постизала посредно, склапањем две узајамне стипулације или путем уговорне казне (*stipulatio poenae*) закључене уз основни договор, а касније применом преторских тужби.⁴¹¹ У Јустинијановом праву *transactio* улази у круг „безимених контраката” (*contractus innominati*), заштићених тужбом *praescriptis verbis*. Трансакциони дужник је због тога могао да бира да ли ће од повериоца захтевати извршење престације (уздржавање од чињења) или ће кондикцијом *causa data causa non secuta* захтевати повраћај датог.

Судећи по пажњи коју је *Corpus iuris civilis* посветио установи поравнања, очигледно је да она имала посебно место у посткласичном праву. Разлог је вероватно у њеној учесталој примени у пракси, која је била поспешена развојем консензуализма. Сагласност воља и договор странака узимају се у обзир, због чега ранији пактови добијају снагу уговорног обавезивања, премда их Римљани никада неће сврстати у посебну врсту контраката.⁴¹² О значају који је *transactio* имао у

⁴⁰⁹ D.5.2.29.2. *Ulpianus libro quinto opinionum: Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet: et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.*

⁴¹⁰ А. Ромас, *Rimsko pravo*, Zagreb 1981, 327.

⁴¹¹ Ж. Бујуклић (2014), 446.

⁴¹² Они су и даље схватани као врста реалних контракта (*re contrahitur obligatio*), а назив *innominati* (односно *anonimon synalagma*) дала им је позновизантијска и средњовековна правна догматика. Ж. Бујуклић (2012), одредница *re contrahitur obligatio*, 627–631.

посткласичном праву, говори и чињеница да је овај „безимени” контракт био међу реткима који је у правним текстовима задржао свој специфичан назив, попут трампе (*permutatio*), комисионе продаје (*aestimatum*) или неороченог бесплатног закупа (*precarium*). Учесталост примене поравнања и њен значај несумњиво су утицали на то да се тај *contractus innominatus* издвоји од огромног броја споразума те врсте и да добије своје посебно име.⁴¹³ У средњем веку се и *Corpus iuris canonici* са посебном пажњом односио према установи *transactio* јер је поравнање и у канонском праву имало велики значај.⁴¹⁴

3.6.4.2. *Datio propter conditionem*

Посебно чињенично стање релевантно за примену кондикције у класичном праву било је давање ради испуњења услова (*datio propter conditionem*), које се уобичајено назива *datio condicionis implendae causa*. У том кондикционом чињеничном стању реч је о суспензивном располагању *mortis causa*.⁴¹⁵ Оставилац располаже у корист одређеног лица које треба да постане било универзални (наследник, универзални фидеикомисар) било сингуларни сукцесор (легатар, фидеикомисар, роб коме се додељује слобода) уколико испуни постављени услов. Релевантна су три субјекта: оставилац, лице у чију корист је условно извршено располагање *mortis causa* и лице у чију корист се услов

⁴¹³ R. Zimmermann, 532–537.

⁴¹⁴ То показује фрагмент (CICn-c. 1713) у којем се говори о вансудском решавању спорова: *Ad evitandas iudiciales contentiones transactio seu reconciliatio utiliter adhibetur; aut controversia iudicio unius vel plurium arbitratorum committi potest.* – „Да би се избегли судски спорови, корисно је применити нагодбу или мирење (странака); односно спор се може поверити одлуци једног или више арбитра.” Вид. А. Ромас (1988), 726. Предвиђено је и судско поравнање: *Iudex in limine litis, et etiam quolibet alio momento, quotiescumque spem boni exitus perspicit, partes hortari et adiuvari ne omittat, ut de aequa controversiae solutione quaerenda, communi consilio curent, viasque ad hoc propositum idoneas ipse indicet, gravibus quoque hominibus ad mediationem adhibitis.* (CICn-c. 1446,2) – „Судија у току парнице, или у било ком другом тренутку, уколико види да постоји могућност доброг исхода, нека не пропусти да странке подстакне или им помогне да траже правично решење спора заједничким договором; нека им сам укаже на погодан пут извршења те намере, упућивањем на разумне људе који би им посредовали.” *Ibid.*, 727.

⁴¹⁵ Иако је условно располагање могуће и у пословима *inter vivos*, у изворима се *condicionis implendae causa datum* среће само у случајевима располагања *mortis causa*. Вид. Реља Поповић, *Condicionis implendae causa datum im klassischen römischen Recht*, Aarau 1919, 1.

извршава (прималац). Давање ради испуњења услова (*conditionis implendae causa*) по правилу врши лице у чију корист постоји располагање *mortis causa*. Међутим, уместо њега давање може извршити и неко друго лице.⁴¹⁶

Услов (*conditio*) се састоји у предаји одређене ствари (најчешће новца) у својину било којем лицу које оставилац значи.⁴¹⁷ Међутим, уколико оставилац изричито не одреди примаоца, претпоставља се да је то наследник.⁴¹⁸ Испуњење услова нема значење претпоставке противчинидбе примаоца давања, већ претпоставке наступања одређеног правног дејства. Наиме, испуњење услова има за последицу, независно од воље примаоца и без његовог делања, настанак права за даваоца које може бити или апсолутно попут права наследника на наслеђе, права роба на слободу, права виндикационог легатара на предмет легата или релативно право, као што је захтев дамнационог легатара према наследнику.

Уколико једно лице изврши давање ради испуњења услова па упркос томе не стекне суспензивно условљено право [било зато што тестамент није важећи (D.12.4.2), било зато што је реч о већ слободном лицу (D.12.6.67), било зато што право из неког другог разлога не припадне лицу у чију корист је извршено располагање (D.12.4.3.7), било зато што оно одбије то право (D.12.4.1.1)], може кондикцијом да захтева повраћај датог. С обзиром на то да се циљ давања није остварио, посткласични правници су *datio propter conditionem* припојили групи случајева „*ob causam datum causa non secuta*”.⁴¹⁹

По правилу, испуњење услова зависи од воље лица којем је постављен. Притом, прималац није овлашћен да захтева испуњење услова од лица којем је постављен већ може само да прихвати оно што му се даје на име његовог испуњења.⁴²⁰ Давалац може захтевати повраћај датог све док не постане титулар

⁴¹⁶ D.12.4.3.8; D.12.6.53; D.12.6.65.3; D.28.7.28; D. 39.6.36; D.40.9.18.1.

⁴¹⁷ Осим предаје ствари у својину (*condicio dandi*), услов се може састојати и у извршењу одређене чинидбе (*facere*). Вид. D.40.7.3.15; D.40.7.4.5; D.40.7.14.1; D.40.7.20.5. Међутим, у тим случајевима не разматра се примена кондикције.

⁴¹⁸ Р. Поповић, 62.

⁴¹⁹ F. Schwarz, 164.

⁴²⁰ Р. Поповић, 155.

права које му је условно остављено.⁴²¹ Осим тога, треба правити разлику да ли је прималац постао власник предмета давања или није. Уколико је последица давање био пренос својине, за повраћај датог примениће се кондикција. Међутим, ако прималац није постао власник, давалац може да подигне реивиндикациону тужбу.⁴²² Давање није имало за последицу пренос својине у ситуацији ослобађања роба путем тестаментa. Типичан пример је случај из фрагмента D.35.1.110, у којем је роб из пекулијума извршио плаћање (које је постављено као услов стицања слободе) без одобрења његових господара. Роб ће, без обзира на то, постати слободан, али прималац исплате, који је знао да је плаћање извршено против воље господара, неће постати власник већ држалац који ће, уколико наследници подигну реивиндикациону тужбу, бити обавезан да врати примљен новац. То решење подразумева да оставилац, осим ослобађања, робу није легирао пекулијум. Напротив, ако је робу легиран пекулијум, дозвољено му је да га отуђује, те је извршено плаћање пуноважно и прималац исплате постаје власник новца.⁴²³

Кондикција се подиже само уколико је прималац постао власник али је давање извршено без основа (*datio sine causa*).⁴²⁴ Постоје две групе случајева: у првој основ давања не постоји од почетка, док у другој најпре постоји али накнадно отпадне.

Основ давања не постоји од почетка уколико је тестамент неважећи. Тако, према фрагменту D.12.6.53, оставилац је свог роба ослободио путем тестаментa под условом да плати десет трећем лицу. Роб није знао да је тестамент неважећи и извршио је плаћање. Поставља се питање ко може извршити повраћај плаћеног. Према Прокулу, уколико је роб извршио плаћање из пекулијума, при чему није за то био овлашћен од власника (наследника), својина на новцу и даље припада власнику роба који је и власник пекулијума, због чега он има право да га поврати реивиндикационом тужбом а не кондикцијом. Ако треће лице на захтев роба

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*, 156.

⁴²³ D.40.7.20.1.

⁴²⁴ Р. Поповић, 158.

изврши исплату сопственим новцем, прималац стиче својину на новцу па кондикцију подиже власник роба у чије име је трећи платио. Међутим, Прокул се ипак залаже да исплатилац, а не власник роба изврши повраћај онога што је платио. Управо на основу Прокуловог става да исплатиоцу треба омогућити да изврши повраћај датог закључује се да се у кондикцији нагласак ставља на даваоца који је умањио своју имовину. Иако је плаћено за рачун власника роба, због чега би он требало да подигне кондикцију, осиромашено лице није он већ исплатилац, којем се, стога, мора дозволити да поврати оно што је исплатио. У сагласју са Прокуловим мишљењем је фрагмент D.12.4.3.8, на основу којег прималац исплате (треће лице које није наследник) не постаје власник новца уколико му је из пекулијума платило лице које верује да је роб а у стварности је стекло слободу на основу тестаментa.⁴²⁵ Међутим, ако неко други плати за рачун путативног роба или то учини сам ослобођеник након што је постао слободан, прималац постаје власник новца. У том случају исплатилац губи право својине на новцу, због чега се његов повраћај евентуално може захтевати кондикцијом. Међутим, њу не би могао да подигне господар путативног роба (наследник) већ само лице које погрешно верује да је роб. Уколико је друго лице платило за рачун путативног роба, претпоставља се да је тиме желело да му учини поклон. Због тога се као осиромашено лице сматра ослобођеник па њему, а не исплатиоцу (поклонодавцу), треба омогућити повраћај. Право на повраћај изричито се додељује ослобођенику у D.12.4.3.7.⁴²⁶ Тестаментом је ослобођен роб под условом да наследнику плати десет, док је на основу кодицила ослобођен безусловно. Не знајући за кодицил, роб изврши исплату наследнику. У фрагменту се разматра има ли роб (исплатилац) право на повраћај. Према мишљењу Целза старијег, њему се повраћај ускраћује. Међутим, Целз млађи има супротно мишљење од

⁴²⁵ Новац који је плаћен из пекулијума као и сам пекулијум остају у својини наследника оставиоца, који за његов повраћај може подићи реивиндикациону тужбу.

⁴²⁶ D.12.4.3.7. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dedit heredi decem, an repetere possit? Et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. Quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.*

свог оца и сматра да природна правичност налаже да роб има право на повраћај плаћеног.

У другу групу случајева у којима је основ давања у почетку постојао али је накнадно нестао спада фрагмент D.12.4.2, у којем се може повратити исплаћена сума на име задовољења услова уколико се испостави да је тестамент лажан или ако путем квереле *inofficiosi testamenti* буде оспорен.⁴²⁷ Такође, у D.12.4.1.1, уколико након извршеног плаћања које је постављено као услов за стицање наследства или легата исплатилац одбије наследство или легат, имаће право да кондикцијом поврати дато.

Приликом састављања Дигеста, систематизовани су кондикциони случајеви с обзиром на различите врсте кондикција. Класичним правницима била је страна подела кондикција на различите врсте. Разматрајући конкретно чињенично стање, они су настојали само да утврде има ли места примени кондикције. С обзиром на то да класични правници нису поставили прецизне критеријуме примене кондикције, Јустинијанови комплатори нису могли доследно да разврстају кондикционе случајеве. Тако су неки случајеви давања *ob causam* уместо у наслов *De condictione causa data causa non secuta* (D.12.4.) сврстани у *De condictione indebiti* (D.12.6). То је, на пример, случај са фрагментом D.12.6.65, у којем Паул наводи основне случајеве реституције који представљају различите врсте кондикционих случајева (*datio ob transactionem, datio ob causam, datio propter condicionem, solutio indebiti*). Тако, према D.12.6.65.3, лице може подићи кондикцију за повраћај датог са циљем испуњења услова ради примања легата уколико се установи да је легатар друго лице, односно да је легат опозван. Исто важи и када је давање извршено ради испуњења услова постављеног за стицање наследства ако давалац накнадно одбије да прихвати или уопште није у стању да прихвати наследство. Разлог додељивања кондикције у том случају заснива се на томе што се кауза давања није остварила (*...quia causa, propter quam dedi, non est secuta*). Компилатори су ту ситуацију уврстили у наслов у којем се говори о исплати недугованог због тога што су сматрали да је исплатилац био у

⁴²⁷ Р. Поповић, 163.

заблуди о постојању важећег располагања за случај смрти, због чега је извршио исплату.⁴²⁸ Пример у којем су компилатори случај *conditionis implendae causa* уврстили у наслов *De conditione indebiti* представља и фрагмент D.12.6.67, у којем је роб Стих ослобођен тестаментом под условом да у наредних десет година наследницима плаћа годишње десет. Он је то учинио за осам година, након чега је сазнао да је рођен као слободан и ускратио је плаћање остатка. Пошто је утврђено да Стих уопште није роб, поставља се питање може ли он да поврати исплаћени новац од наследника као исплату недугованог и, ако може, којом тужбом то може да учини. Премда Сцевола одговара да Стих може да захтева повраћај, вероватно није имао на уму санкционисање исплате недугованог већ исплате ради испуњења услова.⁴²⁹

3.6.4.3. *Donatio mortis causa*

За класичне правнике поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*) представљао је посебно кондикционо чињеничног стање.⁴³⁰

Приликом даривања за случај смрти, својина се преноси на поклонопримца одмах, али је поклон перфектан тек у тренутку смрти поклонодавца.⁴³¹ Пренос својине има облик „*datio propter mortis causa donationem*”.⁴³² Отуда поклонодавац који оздрави може да подигне кондикцију којом ће захтевати повраћај поклона који је учинио за случај смрти.⁴³³ Он такође кондикцијом може захтевати и плодове поклоњених ствари, младунчад и све што

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ F. Schwarz, 166.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ D.39.6.32. Поред поклона за случај смрти који се закључује под раскидним условом који се остварује када поклонодавац преживи, постоји још један облик поклона за случај смрти који се склапа под одложним условом. Ту се уноси клаузула да ће право припасти поклонопримцу тек у тренутку смрти поклонодавца. Вид. Ж. Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд 2014, 311.

⁴³² F. Schwarz, 168.

⁴³³ D.39.6.35.3.

је придошло поклоњеној ствари.⁴³⁴ За класичне правнике поклон за случај смрти није представљао случај кондикције *ob rem dati*.⁴³⁵ Тако Касијеви следбеници сматрају да поклонодавац који преживи може подићи кондикцију као да циљ давања није испуњен (*quasi re non secuta*)⁴³⁶ јер поклонопримац није ништа требало заузврат да ради или да пропусти, већ само да чека и види шта ће се десити са поклонодавцем. Разлог давања није *causa donationis* чија је последица инстантно перфектно стицање предмета поклона, као у случају поклона међу живима.⁴³⁷ Такође, остварење каузе код поклона за случај смрти не огледа се у наступању смрти поклонодавца јер би то значило да је циљ поклона смрт поклонодавца. Напротив, кауза овде представља будући поклон који постаје перфектан у тренутку смрти поклонодавца.⁴³⁸ У посткласичном праву смрт поклонодавца представља претпоставку на којој се заснива учињен поклон, то јест пренос својине. Зато не треба да чуди то што су компилатори ово чињенично стање уврстили у кондикцију *causa data causa non secuta* (D.12.4.12). Они су настојали да што више класичноправних кондикционих чињеничних случајева подведу под врсту кондикције *causa data causa non secuta*. У конструкцији *ob rem datio* Јустинијановог права, *res* представља претпоставку која се огледа у смрти поклонодавца.⁴³⁹

3.6.5. *CONDICTIO OB REM* И *ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS*

Формуларни поступак могао се спровести само уколико је за конкретно спорно чињенично стање постојала формула под коју се оно могло подвести.

⁴³⁴ D.12.4.12.

⁴³⁵ F. Schwarz, 167.

⁴³⁶ D.39.6.35.3.

⁴³⁷ За разлику од поклона међу живима када поклонодавац трајно жели да пренесе својину на поклоњеној ствари на поклонопримца, када је реч о поклону за случај смрти, поклонодавац, прижељкујући да остане у животу, нада се да ће добити поклоњену ствар натраг. Другим речима, пре жели да ствар припадне њему него поклонопримцу. С друге стране, за случај да не преживи, пре жели да ствар припадне поклонопримцу него наследнику. Вид. D.39.6.35.2.

⁴³⁸ F. Schwarz, 168.

⁴³⁹ *Ibid.*

Отуда је постојало онолико уговора колико је било формула које су служиле за њихово утужење. Другим речима, уговор је постојао само ако је постојала формула-узорак под коју је тужилац могао да подведе конкретан захтев за извршење чинидбе друге уговорне стране. Некада, међутим, није било јасно под коју од више формула тужилац треба да подведе свој захтев за извршење чинидбе друге стране. Ово стога што је споразум садржао елементе више признатих уговора, али се није потпуно уклапао ни у једну од постојећих формула. То је, на пример, био случај са комисионом продајом (*aestimatum*)⁴⁴⁰, која је садржала елементе неколико уговора: купопродаје, уговора о делу, уговора о налогу, ортаклука.⁴⁴¹ Како се на случај комисионе продаје није могла применити ниједна од постојећих формула, претор је комитенту додељивао *actio in factum*.⁴⁴² Захваљујући делатности претора, све већи број споразума добијао је правну заштиту, али само у ситуацијама када је претор сматрао да треба применити *actio in factum*, што је углавном био случај када је споразум садржао елементе више признатих уговора а једна страна је испунила оно на шта се обавезала. Утужење противчинидбе у свим ситуацијама у којима је једна страна испунила своју чинидбу постало је могуће тек у посткласичном праву када је уведена *actio praescriptis verbis*. Упркос томе што се том тужбом могло захтевати извршење противчинидбе, остала је могућност да тужилац уместо контрапрестације захтева повраћај оног што је дао путем кондикције *ob rem*. Поставља се питање зашто је у посткласичном праву та врста кондикције остала на снази када је, увођењем тужбе *praescriptis verbis*, постало могуће утужење противчинидбе свих неформалних споразума на основу којих је једна страна извршила своју чинидбу. Наиме, кондикција *ob rem* (у Јустинијановом праву названа *causa data causa non secuta*) настала је услед ограниченог броја римских контраката. Уколико конкретан споразум између страна није представљао уговор јер за његово

⁴⁴⁰ Код комисионе продаје једна страна (комитент) предаје другој (комисионару) ствар, при чему се процењује њена вредност у тренутку предаје. Комисионару се оставља рок у којем може да покуша да прода ту ствар те, уколико успе да добије цену која је већа од процене вредности, разлику задржава за себе а остатак исплаћује комитенту. У случају да ствар не успе да прода, дужан је да је врати даваоцу.

⁴⁴¹ R. Zimmermann, 536.

⁴⁴² D.19.5.13.

извршење није постојала формула, страна која је извршила чинидбу у очекивању да ће и друга страна испунити оно на шта се „обавезала”, али до тога није дошло, није могла судским путем да захтева извршење противчинидбе. Међутим, кондикцијом *ob rem* могла је да захтева повраћај датог. Чини се да је одговор на питање зашто је након увођења тужбе *praescriptis verbis* наставила да се примењује кондикција *ob rem* у томе да се развојем правног поретка повећава и број правних средстава која представљају гаранцију ефикасне заштите повређеног, односно угроженог права. Тужилац сам процењује којим од постојећих правних средстава најбоље може да оствари свој интерес. Тако ће лице које је на основу споразума извршило своју чинидбу по свом избору одлучити да ли ће путем тужбе *praescriptis verbis* захтевати од друге стране извршење противчинидбе или ће кондикцијом *causa data causa non secuta* одустати од споразума и тражити повраћај датог.⁴⁴³

3.7. CONDICTIO OB TURPEM VEL INIUSTAM CAUSAM

У Дигестама чињенично стање које се у класичном праву означавало изразом *datio ob rem turpem* послужило је за формулисање посебне врсте кондикције, такозване кондикције *ob turpem vel iniustam causam*, која је издвојена у посебан наслов D.12.5.

У првом фрагменту тог наслова говори се само о кондикцији *ob turpem causam* а не и о кондикцији *ob iniustam causam*. Тако се каже да све што је дато, дато је или због циља (*ob rem*) или због узрока (*ob causam*).⁴⁴⁴ Циљ давања може бити частан (*ob honestam rem*) или нечастан (*ob turpem rem*). Појмови *turpis* и *turpitude* односе се на ситуације када одређено лице својим понашањем повређује добре обичаје, морал или правне норме. Као последица таквог понашања наступа *infamia*, губитак части.⁴⁴⁵ Под изразом *dare ob turpem rem* треба разумети давање

⁴⁴³ D.19.5.5.1.

⁴⁴⁴ D.12.5.1.

⁴⁴⁵ У којим случајевима пресуда доводи до инфамије вид. F. Schwarz, 173.

са нечасним циљем, а могуће су три ситуације: да је само давалац нечастан⁴⁴⁶, да је само прималац нечастан⁴⁴⁷ или да су и давалац и прималац нечасни.⁴⁴⁸

Кондикција *ob turpem causam* доводи се у везу са кондикцијом *ob rem*. Заједнички елемент је давање у својину са одређеним циљем (*datio ob rem*), због чега постоји мишљење да је у класичном праву *dare ob turpem rem* представљало подврсту *dare ob rem* у којој је циљ давања нечастан.⁴⁴⁹ Разлика се, дакле, састоји у томе што је код кондикције *ob turpem causam* у питању давање са нечасним циљем (*datio ob turpem rem*), док је код кондикције *ob rem* реч о часном циљу (*datio ob honestam rem*). Ако је извршено давање са часним циљем, давалац има право на повраћај једино уколико се циљ због кога је давање извршено није остварио.⁴⁵⁰ Тако, према фрагменту D.12.4.1, када је новац дат са циљем који није нечастан (*ob rem non inhonestam*), као што је еманципација сина, ослобађање роба, одустајање од парнице, давалац нема право на повраћај уколико циљ буде остварен (*causa secuta repetitio cessat*). С друге стране, када је давање извршено са нечасним циљем, при чему је нечастан само прималац, давалац има право на кондикцију чак и да се циљ остварио.⁴⁵¹ То значи да је у случају постојања

⁴⁴⁶ Пример за случај када је само давалац нечастан налази се у D.12.5.4.3, у којем се Улпијан саглашава са схватањем Лабсона и Марцела да исплатилац нема право на повраћај ако су проститутке плаћене. Међутим, образлажући то решење Улпијан истиче нове разлоге. Тако он каже да се оно што је дато проститутки не може натраг захтевати не стога што би обоје поступали нечасно, него зато што тако поступа само онај који даје. Наиме, бити проститутка јесте нечасно, али, ако се већ приступи том нечасном занимању, примање новца за извршену услугу не сматра се нечасним.

⁴⁴⁷ Прималац је нечастан уколико, на пример, прими новац како не би опљачкао храм или украо или убио неког (D.12.5.2). Нечастан је и оставопримац који прими исплату од оставодавца како би му вратио депоновану ствар (D.12.5.2.1).

⁴⁴⁸ Обојана нечасност постоји, на пример, када се некоме да новац (мито) да неправилно суди (D.12.5.3), потом када је давање извршено због обешчашћавања (*stuprum*) или ради откупа због извршене прељубе (*adulterium*) у којој је давалац ухваћен (D.12.5.4). У свим тим случајевима давалац који је извршио исплату нема право на повраћај.

⁴⁴⁹ Тако F. Schwarz, 169. *Kupisch* сматра да је кондикција *ob turpem causam* старија од кондикције *ob rem* и да је у почетку обухватала случајеве у којима је на основу двострано једнако обавезујућег споразума чинидбу извршила само једна страна. Притом, сматрало се неморалним да једна страна изврши своју обавезу а друга не. Тек касније се дошло на идеју да изостанак противчинидбе представља правну нееквивалентност која се санкционише кондикцијом *ob rem*. В. Kupisch (1987), 14.

⁴⁵⁰ D.12.5.1.1.

⁴⁵¹ D.12.5.1.2

нечасног циља примена кондикције могућа без обзира на његово остварење. Међутим, да би давалац имао право на кондикцију, потребно је да је нечасно поступао само прималац, а не и давалац.⁴⁵² То је случај уколико је давање извршено да би се прималац спречио да изврши светогрђе, крађу или убиство.⁴⁵³ У тим ситуацијама примање исплате ради нечињења нечасно је јер је прималац у сваком случају обавезан да се уздржи од тих дела, због чега примљено представља неосновано стечену корист и мора се вратити. Исто важи и ако је оставодавац морао да плати оставопримцу да би ствар коју је дао на чување добио натраг.⁴⁵⁴ Оставопримац је на основу самог уговора о остави дужан да бесплатно чува ствар и да је после одређеног времена врати оставодавцу. Оставопримац поступа нечасно уколико захтева новац да би вратио депоновану ствар. Због тога, ако је оставодавац платио, може подићи кондикцију за повраћај новца. Притом, нема утицаја да ли је циљ плаћања остварен, то јест да ли је оставопримац вратио ствар. Исто важи и у случају када је послугодавац морао да плати послугопримцу да би од њега добио натраг одело које му је дао на послугу.⁴⁵⁵ Како је плаћање цене (*pretium*) овде извршено са нечасним циљем (*ob rem turpem datum*) који се огледа у повраћају ствари дате на послугу, послугодавац може да подигне кондикцију и да захтева повраћај новца од послугопримца. Нечастан је само прималац и у случају када прими исплату да не би извршио инјурију (*iniuria*), због чега исплатилац има право на повраћај.⁴⁵⁶

У ситуацији када су нечасни и давалац и прималац, приликом одлучивања о праву на повраћај такође се не води рачуна о томе да ли је нечастан циљ остварен или није (*res secuta* или *res non secuta*).⁴⁵⁷ Тако, у фрагменту D.12.5.5,

⁴⁵² За разлику од случаја *datio ob (honestam) rem* у којем се кондикција примењује услед изостанка протвчинидбе (*res*), овде се она примењује због непристојности споразума који се налази у основи извршеног давања, при чему је непристојан само прималац. В. Kupisch, (1987), 14

⁴⁵³ D.12.5.2.

⁴⁵⁴ D.12.5.2.1.

⁴⁵⁵ D.12.5.9.

⁴⁵⁶ D.12.5.4.2.

⁴⁵⁷ R. Meyer-Spasche, *The Recovery of Benefits Conferred under Illegal or Immoral Transactions. A Historical and Comparative Study with particular emphasis on the Law of Unjustified Enrichment* (2002) (unpublished Ph.D. thesis, University of Aberdeen), <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/meyer-1.pdf>, 4. новембар 2014, 13.

уколико роб који је извршио крађу плати покраденом лицу да би га спречио да открије извршену крађу, Прокул одговара да ће власник роба (чијим новцем је плаћање извршено) имати право на повраћај плаћеног без обзира на то да ли је покрадени обзнанио крађу или је прећутао њено извршење (*sive indicasset sive non*), тј. без обзира да ли је циљ плаћања остварен. Јасно је да су овде нечасни и давалац и прималац и да би због тога требало да се ускрати право на повраћај датог. Међутим, како је давалац роб који не може да поседује сопствену имовину, то новац којим је подмитио покраденог није његов већ његовог патерфамилијаса.⁴⁵⁸ Због тога се кондикција додељује господару роба јер се није сагласио да његовим новцем роб располаже за извршење сопственог (нечасног) циља, због чега се искључује могућност да је и он нечасно поступио.

По правилу трансакција којој давалац и прималац приступају да би се остварио нечастан циљ не припада области примене контраката. Најчешће је реч о споразуму који је сам по себи нечастан, попут споразума о подмићивању или извршењу убиства. Због ограниченог броја римских (именованих) уговора и неопходности да предмет облигације буде дозвољен (и у именованим и у неименованим уговорима) споразуми са недозвољеном садржином нису могли постати уговори. Отуда се примена кондикције *ob turpem causam* налази у вануговорној области.⁴⁵⁹ Међутим, постоје фрагменти у којима се разматра примена кондикције *ob turpem causam* у контексту извршења уговора. Наиме,

⁴⁵⁸ Иако нема правну способност, роб је могао да склапа правне послове уколико је добио овлашћење од свог патерфамилијаса. Најшира овлашћења у погледу склапања послова припадају робу ако му је господар доделио пекулијум (*peculium*), чија је суштина у препуштању дела господарево имовине робу на самостално управљање. Вид. М. Kaser, *Das römische Privatrecht I* (2. Auflage), München, 1971, 286. У том фрагменту очигледно је да роб нема пекулијум нити да је добио овлашћење од господара да изврши плаћање због чега предаја новца нема за последицу пренос својине те господар може подићи реивиндикациону тужбу. Међутим, изгледа да је прималац (покрадени) новац који је добио од роба помешао са сопственим новцем (*commixtio*). Тиме је господар изгубио могућност да подигне реивиндикациону тужбу јер је за њену примену било неопходно да се утврди којим новчићима је плаћено, што је услед мешања са новчићима покраденог постало немогуће. Господар је као једино средство за повраћај вредности плаћеног могао подићи кондикцију. Притом, она се примењује без обзира на то да ли је извршен циљ плаћања, то јест без обзира на то да ли је покрадени прећутао извршење крађе или ју је обелоданио.

⁴⁵⁹ Иако се и кондикција *indebiti* у строгом смислу налази у ванконтрактној области јер се плаћање врши у заблуди да контрактна обавеза постоји, при чему у стварности она не постоји, у ширем смислу та врста кондикције ипак се тиче контраката управо због тога што се плаћање врши са намером да се угаси контрактна обавеза.

уговор је настао, али се испостави да је његов циљ, који се није видео приликом склапања уговора, нечестан. То ће бити у случају апстрактне стипулације у којој се не види кауза (разлог, циљ) њеног склапања.⁴⁶⁰ Апстрактна стипулација настаје и производи дејство ако је поштована форма предвиђена за њено закључење, без обзира на постојање и садржину каузе. Тако се у фрагменту D.12.5.8. разматра случај у коме је склопљена апстрактна стипулација са нечасним циљем. Уколико промисор буде тужен од стипулатора који захтева извршење обећаног, може истаћи приговор преваре (*exceptio doli*). Међутим, ако промисор изврши плаћање на које се стипулацијом обавезао, не може захтевати повраћај. Последњом реченицом у том фрагменту Паул образлаже наведена решења тиме што каже да у случају када су и давалац и прималац делали недозвољено јачи положај има посесор (*in pari delicto melior est conditio possidentis*). Из тог фрагмента најпре се може закључити да, упркос томе што је стипулација апстрактна, ипак се води рачуна о разлогу (каузи) из којег је склопљена. Уколико је кауза нечасна, промисор који још увек није извршио оно на шта се обавезао има право да се одбрани приговором преваре који трајно одбија стипулаторов захтев. То значи да стипулатор не може правно натерати промисора да изврши обећање из стипулације. Промисор се, због могућности да уложи трајни приговор, према преторском праву не сматра обавезним да испуни обавезу из стипулације. Међутим, ако је изврши, промисор не може да захтева повраћај. Такво решење на први поглед изненађује због тога што је промисор платио са намером да угаси обавезу (*solvendi causa*) па би се евентуално могла применити кондикција *indebiti*. Та врста кондикције могла се применити у ситуацијама када је плаћање извршено на основу постојеће цивилноправне обавезе уколико се тужиочев захтев могао одбити трајним приговором који није уложен због тога што је исплатилац био у заблуди поводом могућности његове примене. Разлог непримењивости кондикције *indebiti* у том случају налази се у самом фрагменту. Претор дозвољава паралисање стипулаторовог тужбеног захтева, али упркос неизвршењу стипулације нечасна кауза и даље постоји (...*pristina causa, id est turpitude*,

⁴⁶⁰ За разлику од апстрактне стипулације, разлог односно циљ закључења каузалне стипулације је видљив. Уколико је он недозвољен, каузална стипулација је *ab initio* ништава. Вид. D.45.1.27.

superesset...). Исто тако, у ситуацији када је промисор испунио обећање, чињеница да је стипулација заснована на нечасној каузи не може се пренебрегнути приликом одлучивања о праву на повраћај. Паул истиче да је, уколико су обе стране поступале нечасно, положај држаоца (примаоца) јачи те се даваоцу ускраћује повраћај. Исто решење Паул изриче и у D.12.5.3, с тим што ту не спомиње јачи положај држаоца. Наиме, уколико су обе стране нечасне, као у случају подмићивања судије, давалац нема право на повраћај. У наредном фрагменту (D.12.5.4) даље се наводе примери у којима се кондикција ускраћује због обостране нечасности. Ако лопов плати покраденом да не буде откривен, неће имати право на повраћај плаћеног јер су обојица нечасно поступали.⁴⁶¹

Осим Паула, правило о јачем положају држаоца у контексту кондикције изриче и Папинијан у D.12.7.5. Тако, уколико је новац исплаћен са нечасним циљем, при чему се неморалност налази на обе стране, искључује се примена кондикције због тога што јачи положај има држалац (прималац). Такође, у фрагменту D.3.6.5. Улпијан говори о томе да ће имовинска корист коју је оставилац стекао на нечастан начин бити одузета и од његових наследника.⁴⁶² Уколико је нечастан био само прималац, против његовог наследника могла се подићи и кондикција. Међутим, ако је и давалац био нечастан, јачи положај има држалац⁴⁶³, због чега се даваоцу ускраћује право на повраћај. Тај фрагмент је уврштен у наслов 3.6. *De calumniatoribus* који се односи на калумнију (*calumnia*), која представља посебну врсту нечасног понашања учесника у судским, и грађанским и кривичним, споровима.⁴⁶⁴ У приватном праву *calumnia* представља злонамерно узнемиравање које се састоји у томе да тужилац неосновано подиже тужбу против туженог „надајући се да ће добити спор пре због грешке или

⁴⁶¹ D.12.5.4.1.

⁴⁶² Тужба против наследника (*actio in id quod ad eum pervenit*) јесте *actio in factum* и усмерена је на одузимање имовинске користи коју су наследили, а која потиче од извршења деликта од стране оставиоца. О овој тужби вид. Georg Maier, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin-Leipzig 1932, 6–64.

⁴⁶³ D.3.6.5.1.

⁴⁶⁴ Вид. Ж. Бујуклић (2012), одредница *calumnia*, 203; А. Berger, одредница *calumnia*, 378–379.

неправичности судије, него на основу утврђене истине”.⁴⁶⁵ У D.3.6.5. Улпијан додељује преторску тужбу *actio in id quod ad eum* против наследника оставиоца који је примио исплату са нечасним циљем. У контексту калумније, оставилац је примио исплату или да не би неосновано тужио исплатиоца или да би неосновано покренуо парницу против трећег лица. Осим те тужбе, Улпијан наглашава да је против наследника могуће подићи и кондикцију, али само у случају када је оставилац (прималац) био нечастан (D.3.6.5.1). Уколико је и исплатилац поступио нечасно, не може подићи кондикцију против оставиоцевог наследника.

Осим у D.3.6.5.1, у још два фрагмента у Дигестама (D.12.5.8; D.12.7.5) говори се о томе да, када постоји нечасно поступање обе стране, јачи полажај има држалац (прималац), због чега се даваоцу ускраћује повраћај датог.⁴⁶⁶ Решење да у случају да су обе стране поступале неморално давалац нема право на повраћај указује на то да се прималац ставља у привилегованији положај тиме што, иако је и његово понашање било нечасно, задржава примљену исплату. Отуда став да је начело о бољем положају држаоца несвојствено кондикционом праву те да представља страну тело које су компилатори, будући да су били склони уопштавањима, преузели из стварног права.⁴⁶⁷ У прилог том схватању истиче се посебан наслов на крају Дигеста, у којем су побројана многа начела, међу којима и начело о бољем положају држаоца – D.50.17.128. Не треба искључити могућност да су компилатори, зарад уопштавања и систематизације, правило које

⁴⁶⁵ Gaius, *Institutiones* (IV, 178), превод О. Станојевић (1982), 317.

⁴⁶⁶ Правило о бољем положају држаоца у контексту примене кондикције *ob turpem causam* налази се и у Јустинијановом кодексу C.4.7.2.

⁴⁶⁷ Schwarz истиче да је правило о привилегованијем положају држаоца карактеристика стварног права. Тако се правило *melior causa possidentis* налази у фрагменту D.6.2.9.4, у којем се правило о бољем положају држаоца примењује у публицијанској тужби у случају када су оба савесна купца купила исту ствар од различитих невластника. Такође, то правило се налази и у фрагменту D.20.1.10, у којем се говори о томе да је дужник заложити исту ствар двојици поверилаца. Обојица могу подићи тужбу *Serviana* против трећих лица којом захтевају предају заложене ствари, али у међусобном односу заложних поверилаца јачи положај има држалац заложене ствари. За разлику од стварноправних тужби, кондикција је облигационоправна тужба усмерена на повраћај неосновано стеченог. Када су у питању ствари одређене по роду, попут новца, примена кондикције не зависи од тога да ли је прималац у време подизања тужбе још увек поседује. То значи да ће бити обавезан на повраћај чак и уколико је примљени новац потрошио. Вид. F. Schwarz, 188.

је настало у једној грани права олако проширивали и уметали у друге гране права.⁴⁶⁸

Римско решење да у случају обостране нечасности бољи положај има прималац јер му се дозвољава да задржи примљено измењено је у каснијим законским текстовима, од којих је први важнији Пруски грађански законик.⁴⁶⁹

3.7.1. *CONDICTIO OB INIUSTAM CAUSAM*

Иако D.12.5. носи назив *De condictioe ob turpem vel iniustam causam*, само један фрагмент у оквиру тог наслова изричито говори о противправној каузи (*iniusta causa*). У питању је D.12.5.6, у којем се Улпијан позива на Сабина који је говорио да су републикански правници (*veteres*) били у праву када су сматрали да се кондикција може применити за повраћај онога што се код неког налази *ex iniusta causa*. Будући да се у фрагменту не наводи ниједан пример који би ближе објаснио шта значи израз *ex iniusta causa*, питање његовог тумачења остаје отворено.

У литератури се обично сматра да *iniusta causa* има значење противправног основа стицања које треба разликовати од нечасног, неморалног

⁴⁶⁸ Тако F. Schwarz, 188–189. Насупрот томе, *Meyer-Spasche* сматра да су још класични правници правило о бољем положају држаоца преузели из стварног права и применили на кондикционо право. Примена истог правила у различитим гранама права има за последицу примену исте логике приликом одлучивања судије. Она се састоји у томе да тужилац, да би успео у спору, мора да докаже јаче право од оног које има тужени. Ако су нечасне обе стране, ниједна од њих нема јаче право, због чега суд уопште не треба да се упушта у расправљање њиховог односа. Вид. R. Meyer-Spasche, 33–34.

⁴⁶⁹ Чл. 205 и 206 Пруског грађанског законика на основу којих предмети недозвољених престација иду у корист државе. Интересантно је да слично решење садржи и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору из 1888. године, чији чл. 600 прописује полагање предмета престација с недозвољеним основом у корист „црковне касе”. Одузимање предмета престације несавесне стране у корист заједнице нарочито је примењивано у совјетском праву. В. Капор, 89–91. Према Скици за законик о облигацијама и уговорима проф. Константиновића, лице које је извршило исплату за дело за које је знало да је противправно или неморално нема право на повраћај, али и прималац исплате не може да је задржи за себе већ је дужан да све што је примио преда фонду за културу општине на чијој територији има пребивалиште. В. чл. 175, ст. 2 Скице.

стицања (*ob turpem causam*).⁴⁷⁰ Према том схватању, кондикција *ob iniustam causam* примењивана је за повраћај ствари која је противправно стечена.

Имајући у виду разноврсност римскоправних извора и важну улогу обичајног права, није јасно шта под противправношћу треба разумети. Да ли је противправно поступање оно које се противи важећим законима (у том случају се противправност изједначава са противзаконитошћу), или било којем извору права, или, можда, обичајном праву које је имало важну улогу за Римљане. У фрагменту D.30.112.3. Марцијан прави разлику између нечег што је противно праву (*contra ius*) и оног што је противно добрим обичајима (*contra bonos mores*).⁴⁷¹ Противна је праву повреда закона и преторовог едикта, док повреда добрих обичаја представља неморалан (*turpis*) акт. Међутим, Марцијан не употребљава термин *iniustus* да означи акт противан праву.⁴⁷² На основу тог фрагмента, противправност треба разликовати од неморалности, али се за противправан акт не користи израз *iniustus*. Треба размотрити да ли се, евентуално, у другим фрагментима противправно поступање означава том речју.

Класично римско право имало је две врсте правних забрана. Прва је била забрана правних послова попут поклона и купопродаје, док је друга била забрана материјалних аката чије је извршење обично имало кривичноправно санкционисање.⁴⁷³ Уколико су се забрањивали правни послови, њихово предузимање је имало различите правне последице зависно од тога о којој врсти закона се радило. Када је забрану прописивала *lex perfecta*, предузети посао је био ништав.⁴⁷⁴ *Lex minus quam perfecta* санкционисала је прекршиоца забране, али није имала за последицу ништавост склопљеног посла.⁴⁷⁵ *Lex imperfecta* нити је

⁴⁷⁰ Тако Bertold Eisner, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 448.

⁴⁷¹ D.30.112.3. *Marcianus libro sexto institutionum: Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid.*

⁴⁷² Вид. R. Meyer-Spasche, 44.

⁴⁷³ *Ibid.*, 41.

⁴⁷⁴ R. Zimmermann, 700–701.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, 698–699.

садржала санкцију за прекршиоца нити за важење предузетог посла.⁴⁷⁶ У последња два случаја посао који је представљао основ стицања остајао је на снази, због чега није било могуће применити кондикцију. Уколико се радило о забрани прописаној перфектним законом (*lex perfecta*), склопљени посао је био неважаћи због чега би се очекивало да оно што је дато на основу његовог извршења буде затражено натраг путем кондикције *ob iniustam causam*. Међутим, извори сведоче да је у том случају додељивана кондикција *causa data causa non secuta*. Тако, према С.4.6.5, за прокуратора је постављен војник и извршено му је плаћање. Постављање војника за прокуратора било је забрањено законима, па се поставља се питање могућности повраћаја плаћеног. Одговор је потврдан, али се повраћај не врши применом кондикције *ob iniustam causam* већ кондикцијом *causa data causa non secuta*. Несумњиво је да је реч о противзаконитом акту, али постављање војника за прокуратора није било нечасно. Због тога се закључује да кондикција *ob iniustam causam* у римском праву није подразумевала противзаконит основ стицања јер да јесте, у том случају би се применила она а не кондикција *causa data causa non secuta*.⁴⁷⁷ За разлику од наведеног случаја у којем се јавља само незаконитост, а не и нечасност (неморалност), у ситуацијама у којима је одређено поступање истовремено и незаконито и нечасно додељивана је кондикција *ob turpem causam*. Те ситуације су подразумевале деликтно понашање будући да извршење деликта у римском праву по правилу представља и кршење моралних норми. Пример за одлучивање о повраћају стечене користи на основу деликтног понашања представљају случајеви калумније, која је изазивала не само приватноправне већ и кривичноправне последице.⁴⁷⁸ Расправљајући о повраћају датог у случају калумније римски правници стављају нагласак на нечасном понашању, а не на противзаконитости. Они зато додељују кондикцију *ob turpem*, а не *ob iniustam causam*.⁴⁷⁹ Исто важи и за D.12.5.4, где се ускраћује повраћај у

⁴⁷⁶ *Ibid.*, 699–700.

⁴⁷⁷ Вид. R. Meyer-Spasche, 42.

⁴⁷⁸ Калумнија је представљала и кривично дело (*crimen calumniae*) које се извршавало тиме што је тужилац тужио лице за које је знао да је невино (*falsa accusatio*). Извршилац тог кривичног дела кажњаван је жигосањем усијаним гвожђем тако што му је на челу утискивано слово К (од *calumniator*) и постајао је инфаман и искључен из јавног живота.

⁴⁷⁹ D.3.6.5.1.

случају исплате поводом *stuprum*-а и *adulterium*-а. Наиме, *stuprum*⁴⁸⁰ и *adulterium*⁴⁸¹ били су санкционисани једним од Августових закона (*lex Iulia de adulteriis*), али су истовремено представљали и неморална понашања.⁴⁸² Међутим, у поменутом фрагменту повраћај се омогућава или ускраћује зависно од тога ко је од учесника био нечастан, а не зато што је одређено понашање било противзаконито.

Да би се утврдило значење појма *iniusta causa*, у контексту примене кондикције треба поћи од фрагмената у којима се дозвољава повраћај *ex iniusta causa* или *ob iniustam causam*.

Тако у D.12.1.4.1. Улпијан додељује закупадавцу кондикцију за повраћај плодова које је закупач убрао *ex iniusta causa* пошто је уговор о закупу престао.⁴⁸³ Без обзира на то што је уговор о закупу истекао, повраћај плодова је ускраћен ако су убрани уз сагласност дотадашњег закупадавца. Притом, претпоставља се да сагласност постоји уколико наступи прећутно продужење уговора (*relocatio tacita*)⁴⁸⁴, што се дашава ако обе стране након истека рока на који је уговор закључен наставе да се понашају као да је уговор још увек на снази. Изричита правна норма по којој се забрањивало убирање плодова након истека уговора о закупу није постојала па израз *iniusta causa* овде не означава противзаконит основ стицања. Међутим, забрана убирања плодова након престанка уговора о закупу посредно произлази из чињенице да се овлашћење на убирање плодова вратило власнику (закупадавцу) због еластичности права својине (*ius recadentiae*). Због

⁴⁸⁰ *Stuprum* је подразумевао ванбрачно полно општење са часном слободном женском особом, било девицом било часном удовицом. Вид. Е. Hogvat, 145.

⁴⁸¹ *Adulterium* је била прељуба с туђом женом. *Ibid.*

⁴⁸² Штавише, та понашања су законом санкционисана управо зато што су била неморална, јер је Август настојао да сузбије неморално понашање које је великим делом прозороковало кризу римског друштва.

⁴⁸³ Сличан случај налази се у Јустинијановом кодексу C.4.9.3. *Mala fide possessor* одговара на основу реивиндикационе тужбе за убране плодове који још увек нису потрошени. За потрошене плодове одговара на основу кондикције. Како се у D.12.1.4.1. закупадавцу уопште не додељује реивиндикациона тужба, може се закључити да је закупач био савестан, односно да није знао да је уговор о закупу престао, због чега је могао постати власник убраних плодова. Вид. R. Meyer-Spasche, 46.

⁴⁸⁴ D.19.2.13.11. Вид. Ж. Бујуклић (2012), одредница *locatio-conductio*, 478.

тога се убирање плодова од дотадашњег закупца данас може сматрати повредом права својине закуподавца. У том смислу би се израз *ex iniusta causa* могао означити као противправан основ стицања који се састоји у узурпацији права закуподавца од стране закупца.⁴⁸⁵ Међутим, римско право, за разлику од савременог права, није имало развијен појам противправности⁴⁸⁶ ни објективног и субјективног права па би објашњавање римских решења употребом савремених феномена, попут повреде субјективног, односно објективног права, представљало неисторијски приступ историјским појавама. Тиме се неосновано приписују савремена значења појавама које су Римљани можда наслућивали, али их нису теоријски уобличили.⁴⁸⁷

Кондикција се додељује због тога што купац након истека уговора о закупу нема правног основа да убира плодове. Зато израз *ex iniusta causa* пре треба тумачити као убирање које се заснива на неваљаном основу него на противправном основу. Како након престанка уговора закуподавац није предао плодове закупцу већ их је овај сам убрао, кондикција која се том приликом додељује није заснована на чинидби кондикционог повериоца (дотадашњег закуподавца). Овде је, дакле, реч о кондикцији *sine datione* која представља изузетак у односу на уобичајене кондикционе случајеве који подразумевају да је стицање кондикционог дужника настало услед чинидбе кондикционог повериоца. Треба приметити да се кондикција *sine datione* приближава савременој општој тужби из обогаћења која се примењује за повраћај неосновано стечене имовинске користи без обзира на начин на који је она настала (радњом осиромашеног или

⁴⁸⁵ Вид. R. Meyer-Spasche, 45.

⁴⁸⁶ Противправност у формалном смислу представља људско понашање супротно правној норми. Противправност има посебан значај у кривичном праву јер се учинилац кривичног дела сукобљава са нормом која забрањује (прохибитивна норма) или налаже (прецептивна норма) извесно чињење или понашање. Према томе да ли се учинилац радњом извршења сукобљава са прохибитивном или прецептивном нормом, разликују се комисијни и омијивни деликти. Вид. *Правна енциклопедија* (главни редактор Б. Благојевић), Београд 1979, одредница *противправност*, 1152–1153.

⁴⁸⁷ За римске правнике било је важно да се ли конкретно чињенично стање може подвести под постојећу процесну формулу или не. Уколико може, тужилац ће имати могућност да покрене поступак у коме се утврђује да ли је његов захтев био основан. Он, дакле, не може покренути судски поступак кад год сматра да је неко његово право повређено већ само уколико се спорна ситуација може подвести под неку од постојећих процесних формула.

радњом обogaћеног или радњом трећег лица или природним догађајем). У случају кондикције *sine datione* корист је стечена радњом обogaћеног (туженог) који је убирао плодове упркос томе што није постојао ваљан правни основ за њихово стицање.

Кондикција *ob iniustam causam* додељивала се и у случају да један брачни друг присвоји ствар другог брачног друга. Присвајање ствари међу супружницима није се сматрало крађом. Међутим, један брачни друг могао је тужити другог уз одобрење магистрата, али никако казним тужбама или оним које за последицу имају инфамију.⁴⁸⁸ Како кондикција није имала пенални карактер нити је доводила до инфамије, брачни друг чију ствар је присвојио други брачни друг могао је подићи кондикцију за време трајања брака, док је након престанка брака могао подићи *actio rerum amotarum*.⁴⁸⁹ У фрагменту D.25.2.25.⁴⁹⁰ Марцијан додељује кондикцију *ob iniustam causam* мужу за повраћај ствари које је жена присвојила у ишчекивању развода, при чему до њега није дошло. Своју одлуку он образлаже позивајући се на *ius gentium* који дозвољава повраћај ствари од лица које је поседују *non ex iusta causa*. Како је жена самовласно (без мужевљеве предаје) присвојила ствар, то она није постала власник. Кондикција овде служи за повраћај државине, док израз *non ex iusta causa* треба тумачити као непостојање ваљаног основа држања. Такође, у D.25.2.6.4. Аристо додељује кондикцију мужевљевом наследнику за повраћај ствари које удовица држи *ex iniusta causa*. Очигледно је да жена није мужевљев наследник због чега нема основа да задржи ствари које су њему припадале. Међутим, наслеђивање има за последицу ступање у наследива права оставиоца, што значи да наследник постаје власник ствари које

⁴⁸⁸ D.25.2.2.

⁴⁸⁹ D.23.3.9.3; D.25.2.11; D.25.2.6.2; C.5.21.2.

⁴⁹⁰ D.25.2.25. *Marcianus libro tertio regularum: Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. Sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.* – „Тужба rerum amotarum dolazi u obzir kada su stvari, zbog namjere da se brak razvede, bile odnijete pa je do razvoda braka (nakon toga) i došlo. Ali ako žena za vrijeme trajanja braka oduzme stvar koja pripada mužu, makar da se ne može upotrijebiti actio rerum amotarum, muž ima pravo da tu stvar potražuje kondikcijom, jer smatram da se po općem pravu stvar kondikcijom može potraživati od (svih) onih koji te stvari imaju u posjedu, ali bez pravne osnove.” Превод А. Ромац (1973), 435–437.

су биле у оставиочевој својини. Поставља се питање због чега Аристо, уз наследничку тужбу (*hereditatis petitio*), која је слична реивиндикационој (*actio rei vindicatio*), додељује и кондикцију. Додела кондикције овде као и у D.25.2.25. нарочито је проблематична уколико се као претпоставка њене примене захтева да је кондикциони дужник постао власник ствари која се потражује. С обзиром на то да удовица није постала власник ствари, кондикција коју наследник подиже против ње могла је служити једино за повраћај државине (*condictio possessionis*). Наследник је титулар права својине на ствари коју потражује кондикцијом коју жена држи без правног основа, при чему и овде, као и у случају убирања плодова након престанка уговора о закупу, не постоји изричита норма која забрањује такво поступање удовице. Обавеза предаје ствари наследнику произлази из чињенице да је он путем универзалне сукцесије постао власник коме треба омогућити да врши сва сопственичка овлашћења (под претпоставком да удовица нема личну службеност на ствари која је овлашћује на фактичку власт). И у том случају, као и у претходна два (D.12.1.4.1. и D.25.2.25), реч је о кондикцији *sine datione* јер жена није стекла ствар тако што јој је она предата у својину.

Савременом правном терминологијом могло би се рећи да неоснованим задржавањем ствари жена повређује право својине наследника, због чега би израз *iniusta causa* могао имати значење противправног основа. Међутим, када је у питању римско право, такво расуђивање је неприхватљиво због тога што Римљани нису развили појам повреде права и противправности. Отуда *iniusta causa* у римском праву има значење неваљаног (неодговарајућег) основа задржавања стеченог.⁴⁹¹ Ваљан правни основ (*iusta causa*) уз одговарајући начин стицања (*modus aquirendi*) доводи до стицања квинтске својине. Међутим, захваљујући апстрактним начинима стицања било је могуће пренети својину чак и ако правни основ није постојао или није био пуноважан. Изрази *non ex iusta causa* и *ex iniusta causa* зато означавају стицање без ваљаног правног основа који је подобан да се својина пренесе.⁴⁹² Осим тога, у свим наведеним случајевима примене кондикције *ob iniustam causam* реч је стицању *sine datione* јер тужилац није туженом пренео

⁴⁹¹ Вид. R. Meyer-Spasche, 48.

⁴⁹² *Ibid.*, 49.

ствар у својину. Кондикција која се овде додељује одступа од уобичајених кондикционих случајева који подразумевају стицање услед активног чињења тужиоца које се састоји у предаји ствари туженом у својину.

Израз *iniusta causa* употребљава се и у случају кондикције за повраћај предмета забрањеног поклона. Тако у фрагменту D.24.1.6. Гај каже да држање предмета забрањеног поклона представља држање *aut sine causa aut ex iniusta causa* због чега се додељује кондикција. У римском праву постојала је забрана поклона међу брачним друговима, па би се у том смислу поклон учињен противно тој забрани могао сматрати противзаконитим. Међутим, све симуловане трансакције међу брачним друговима које због нееквивалентности престација представљају поклон ништаве су због чега се стицање на основу њих појављује као правно неосновано. Због тога израз *ex iniusta causa* и овде означава стицање без ваљаног основа који је подобан да се својина пренесе, а не противзаконито стицање као што би се на први поглед могло помислити.

У прилог том тумачењу израза *iniusta causa* наводи се и то што, за разлику од Дигеста, у којима су у наслову D.12.5. спојене кондикција *ob turpem* и кондикција *ob iniustam causam*, због чега се стиче утисак да је реч о једној врсти кондикције, у Јустинијановом кодексу оне су раздвојене тако што се о кондикцији *ob turpem causam* говори у C.4.7. који носи назив *De condictione ob turpem causam*, док се кондикција *ob iniustam causam* разматра у C.4.9. који носи назив *De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa*. Међутим, израз *iniusta causa* једино се употребљава у наслову а не и самом тексту конституција, због чега није сасвим јасно у којој конституцији је примењена кондикција *ob iniustam causam*.⁴⁹³ Ни у једној конституцији у оквиру наслова C.4.9. није примењена кондикција због кршења правне норме, што такође наводи на закључак да термин *iniustus* у римском праву не треба изједначити са савременим појмом противправности.

⁴⁹³ Претпоставља се да је једини случај доделе кондикције *ob iniustam causam* у оквиру C.4.9. онај који говори о убирању и потрошњи плодова од несавесног држаоца (C.4.9.3.). Вид. R. Meyer-Spasche, 56.

3.8. *CONDICTIO SINE CAUSA*

3.8.1. КЛАСИЧНО ПРАВО

У складу са својим казуистичким методом рада повраћај стеченог без основа класични правници нису поставили као опште правило које би се дедуктивним путем примењивало на конкретне ситуације. У случајевима манципације, инјурецесије, апстрактне стипулације примењивана је кондикција *sine causa* у ужем смислу, која се заснивала на очигледној правичности.⁴⁹⁴ Пре увођења кондикције, извршење манципације, инјурецесије или предаје ствари *res nec mancipi* ради гашења обавезе (*solutio*) доводило је до коначног стицања својине без обзира на постојање основа стицања. Слично је важило и за апстрактну стипулацију која је заснивала обавезу независно од постојања каузе.

Примена кондикције подразумевала је да се води рачуна о начелу савесности и поштења које је временом постало једна од примарних правних вредности. Оно је налагало да, уколико не постоји основ стицања или ако неформално уговорен циљ преноса није остварен, стицање неће бити коначно. Дакле, *condictio sine causa* у ужем смислу у почетку се примењивала када је до преноса својине дошло извршењем апстрактних начина стицања (манципације, инјурецесије) а да за то није постојао правни основ. Исто је важило уколико је склопљена апстрактна стипулација која је стварала обавезу за коју није постојао правни основ. Начин размишљања класичних римских правника није се одликовао формалном логиком која је претпостављала механичко утврђивање испуњености унапред прописаних услова за стицање својине, примену кондикције и сл. Римски јуриспруденти су, расправљајући о случајевима, водили рачуна о захтевима правичности. Кондикција као правно средство управо је заснована на идеји комутативне правде која се у конкретним правним решењима спроводила тек када је друштвена свест достигла виши ступањ развоја. С друге стране, јачање начела савесности и поштења одвијало се паралелно са слабљењем формализма и

⁴⁹⁴ В. Kupisch (1987), 23.

апстрактности, због чега се идеја о правно неоснованом стицању почела разматрати и у неформалним односима. Тако се кондикција почела примењивати увек када би до преноса својине дошло без правног основа, без обзира на то да ли му је претходило неформални споразум или извршење формализованих апстрактних начина стицања. *Condictio ob rem* и *condictio ob turpem rem* настају када је правна свест достигла онај ступањ развоја који се одликује истанчаним осећајем за комутативну правду.⁴⁹⁵

Израз *sine causa* у почетку се повезивао са тачно одређеним типом недостајућег основа стицања. Током времена тај израз се проширио и на друге случајеве, на које се такође почиње примењивати кондикција. Проширење примене кондикције настало је због тога што се идеја о правно неоснованом стицању апстраховала и почела узимати као инспирација у одлучивању у другим конкретним случајевима.⁴⁹⁶ Другим речима, последица формирања идеје о правно неоснованом стицању била је да се у конкретним судским одлукама почело водити рачуна о правичности. Отуда је спречавање правно неоснованог стицања од самих почетака било у служби комутативне правде и развијало се заједно са њом.

Општи појам *sine causa* односи се, с једне стране, на већ призната кондикциона чињенична стања из којих је поникао. С друге стране, он обухвата и нове случајеве у којима се вреднује и одлучује на основу моралних категорија попут правичности и добре вере.

Основни случајеви примене кондикције *sine causa* у ужем смислу

У класичном праву када је *res nec mancipi* неформално предата на основу важећег каузалног споразума (*iusta causa traditionis*), стицалац на њој стиче својину. Уколико је каузални споразум неважећи, својина остаје код преносиоца и

⁴⁹⁵ В. Kupisch (1987), 23.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, 24.

он може да подигне реивиндикациону тужбу. Међутим, уколико је у том случају дошло до губитка ствари, било тако што је она физички потрошена, помешана са туђим стварима или је на други начин нестала, преносилац губи право да подигне реивиндикациону тужбу и уместо ње стоји му на располагању кондикција. Класични правници у овом случају изричу да се може кондицирати (D.12.1.19.1). Кондикција наступа као последица тога што се реивиндикација не може подићи. Зато се кондикција јавља као средство којим се санкционише неосновано стицање чак и онда када ствар није могуће у природи вратити. Каузални споразум неће производити дејство најчешће уколико не постоји пословна способност (на пример, малолетници, душевно болесна лица и сл.). Од тога треба правити разлику када неформални каузални споразум такође не производи дејство али је дошло до апстрактног преноса својине путем манципације или инјурецесије. Тада се, према класичном праву, исто додељује кондикција *sine causa*. У Јустинијановој кодификацији услед интерполација из фрагмената је одстрањена манципација и инјурецесија те је за све ствари предвиђен режим који је раније важио само за *res nec mancipi*. Када је реч о апстрактној стипулацији, према класичном праву, недостатак каузалног споразума није утицао на настанак потраживања из стипулације. Дужник је мањкаву каузу могао да истакне путем приговора (*exceptio doli*) или је могао да се ослободи обавезе путем кондикције *liberationis*.⁴⁹⁷

Класични правници нису говорили ни о кондикцији *sine causa* у ужем ни о кондикцији *sine causa* у ширем смислу. Они су се ограничили да одговарајуће чињенично стање, које се састојало или у обећању *sine causa* (*sine causa promittere*), или у извршењу манципације или инјурецесије *sine causa* подведу под формулу кондикције.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Вид. D.44.4.2.3; Gaius, *Institutiones* (IV, 116,119).

⁴⁹⁸ В. Kupisch (1987), 11.

3.8.2. ЈУСТИНИЈАНОВО ПРАВО

Редигујући класичне изворе, Јустинијанови компилатори су у Дигеста уврстили кондикцију *sine causa* у изворном смислу (*condictio sine causa* у ужем смислу). Осим тога, они су кондикцију *sine causa* формулисали у једном општем облику (*condictio sine causa* у ширем смислу) и ставили је у посебан наслов (D.12.7).⁴⁹⁹ У поређењу са насловима D.12.4–12.6⁵⁰⁰, тај наслов оставља утисак да постоји посебна врста кондикције (*condictio sine causa*). Међутим, *promissio sine causa* којим почиње Улпијанов фрагмент (D.12.7.1)⁵⁰¹ представља случај класичног права који је одраније уживао заштиту. Такође, у наставку D.12.7.1. наводи се исплата недугованог која представља класично чињенично стање примене кондикције. Потом следи случај кондикције *causa data causa non secuta*⁵⁰² и кондикције *ob causam finitam*.⁵⁰³ Отуда, иако на први поглед наслов D.12.7. указује на то да је реч о посебној врсти кондикције, неспорно је да су у том наслову укључене ситуације које су још класични правници признавали као релевантне за примену кондикције.⁵⁰⁴ То наводи на помисао да су компилатори изоловали заједничку идеју на којој почивају различите врсте кондикције која је могла послужити као основ изградње општијег правног средства сличног данашњој генералној тужби.⁵⁰⁵ Свакако, *condictio sine causa* за компилаторе није

⁴⁹⁹ *Ibid.*, 24–25.

⁵⁰⁰ У насловима D.12.4–12.6. компилатори су уврстили класичне фрагменте не мењајући у битном одлуке класичних правника у случајевима у којима су они додељивали кондикцију.

⁵⁰¹ D.12.7.1. *Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Est et haec species conductionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem.* – „I ovo je jedna vrsta kondicije, to jest kada netko bez pravne osnove (razloga) preuzme obvezu ili ako plati ono što nije dužan (ispuni obvezu koja ne postoji). Ako je netko bez pravne osnove preuzeo obvezu, ne može kondikcijom zahtijevati vraćanje iznosa koji nije dao, ali može zahtijevati ukidanje (poništenje) obveze.” Превод А. Ромач (1973), 437.

⁵⁰² D.12.7.1.1; D.12.7.1.2.

⁵⁰³ D.12.7.1.2; D.12.7.2.

⁵⁰⁴ Једино се у фрагментима 3 и 5 у D.12.7. стиче утисак да је реч о самосталном тужбеном захтеву *sine causa* који се разликује од осталих врста кондикције. Види В. Курписх (1987), 25.

⁵⁰⁵ Та идеја је изражена у фрагменту D.12.7.1.3: *Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.* – „Sigurno je da se kondikcijom može samo ono potraživati od drugoga, što je on dobio bez pravne osnove (razloga), ili je

представљала општу тужбу примењиву на неодређени број случајева већ су они имали у виду тачно одређене ситуације на које се она може применити. Тек се неколико векова доцније, заслугом глосатора, на кондикцију *sine causa* почиње гледати као на општу тужбу.

3.8.2.1 Тумачење кондикције *sine causa* као опште тужбе из неоснованог обогаћења у делима глосатора и постглосатора

Став да *condictio sine causa* представља општу тужбу налази се у најстаријем нама познатом систематском делу представника глосатора у тзв. *Summa Trecensis*.⁵⁰⁶ У том делу се објашњава због чега је *condictio sine causa* у Дигестама наведена на крају кондикционог права. Наиме, *condictio sine causa*, која се налази на крају, као и *condictio certi*⁵⁰⁷, која се налази на почетку кондикционог права, представљају врсте генералне тужбе. Због тога примена *condictio sine causa* долази у обзир како у ситуацијама у којима је могуће применити посебне врсте кондикције, тако и у случајевима у којима се не може применити ни једна друга тужба, односно кондикција. Из тога произлази да *condictio sine causa* конкурише у примени посебним кондикцијама, односно примењује се тамо где није могуће применити ни једно друго правно средство. Тако се у случају исплате недугованог, осим *condictio indebiti*, може применити и *condictio sine causa* будући да исплати недостаје кауза.⁵⁰⁸

kasnije ta pravna osnova prestala.” Превод А. Ромас (1973), 435. У том фрагменту се наглашава да се кондикција подиже у случају непостојања ваљане каузе (*iusta causa*) без обзира на то да ли она од почетка није постојала или је постојала али је накнадно нестала.

⁵⁰⁶ A. Söllner, 191.

⁵⁰⁷ Настojeћи да протумаче текст Дигеста, правници болоњске школе нарочито су поклањали пажњу оним местима која су представљала преглед или уопштавање попут Улпијановог фрагмента D.12.1.9. *Ulpianus libro 26 ad edictum pr. Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto...* Имајућу у виду овај фрагмент глосатори су сматрали да је кондикција *certi* општа тужба која се примењује у свим случајевима у којима се потражује *certum*. Осим кондикције *certi*, за глосаторе је и кондикција *sine causa* општа тужба. Према њиховом мишљењу, *condictio sine causa* може се доделити увек када извршењу недостаје *causa*. Због тога је кондикционо право Јустинијанове кодификације урамљено двема општим тужбама: кондикцијом *certi* и кондикцијом *sine causa*. *Ibid.*

⁵⁰⁸ Исти став о свеобухватности кондикције *sine causa* налазимо и у *Codex-Summa* коју је написао *Rogierius* средином XII века. *Ibid.*, 192. *Rogierius* је био савременик четири доктора и врло

У Акурзијевој Глоси (*Glossa Ordinaria*) *condictio sine causa* означена је као генерална тужба која у примени може конкурисати посебним врстама кондикције (*condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta* и др).⁵⁰⁹ Осим тога, *condictio sine causa* није имала само теоријски значај већ и широку примену, што показује чињеница да у средњовековним нотарским збиркама постоји упутство да свака потврда треба да садржи одрицање од те врсте кондикције.⁵¹⁰

Класични правници су термин *causa* употребљавали вишезначно. Ни Јустинијанова кодификација није донела значајне промене у одређивању појма каузе (*causa*). Компилатори су у Дигестама извршили поделу кондикционих случајева уз помоћ термина *causa*, при чему нису дали његово материјалноправно објашњење.⁵¹¹

Делатношћу глосатора кондикционо право добија нову димензију у односу на античко римско право. У класичном праву суштина кондикције се огледала у процесуалним претпоставкама њене примене, док се у Јустинијановом праву нагласак ставља на материјално чињенично стање. Глосатори су, у односу на Јустинијаново право, створили новину која се огледа у томе што су *condictio sine causa* означили као генералну тужбу која се примењује увек када извршеној чинидби недостаје кауза.⁵¹² Захваљујући глосаторима, појам каузе постаје главни елемент кондикционог права. Да би га објаснили, ослањају се на схоластичко учење о каузалитету, одакле преузимају појмове каузе *finalis* и каузе *impulsiva*.⁵¹³

је вероватно да је био Мартинов ученик. О *Rogierius*-у вид. више Hermann Kantorowicz, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Darmstadt 1969, 122–144.

⁵⁰⁹ Глоса поводом D.12.7.1: *Ipsa tamen generalissima est, nam concurrat fere cum omnibus aliis...* Нав. према А. Söllner, 194.

⁵¹⁰ *Ibid.*, 194–195.

⁵¹¹ Schwarz сматра да је конфузија у одређивању термина *causa* у Јустинијановом кондикционом праву проузрокована тиме што су га посткласични правници упоредо користили у двоструком значењу: основа и циља. Вид. F. Schwarz, 172, 220, 228.

⁵¹² А. Söllner, 191.

⁵¹³ Глосаторима је нарочит проблем представљало тумачење кондикције *causa data causa non secuta* који је изазван тиме што нису увиђали различит временски настанак те врсте кондикције и тужбе *praescriptis verbis*. Уместо да кондикцију *causa data causa non secuta* објасне историјским разлогом по коме је она претходила установљењу тужбе *praescriptis verbis*, они су посегли за начелом схоластичке теорије каузалитета *cessante causa cessat effectus*. Глосатори су издвојили фрагменте из Јустинијанове кодификације у којима се радило о заблуди о мотиву на

Италијански коментатори XIV и XV века нису се удаљили од резултата глосатора у материји кондикционог права.⁵¹⁴ И за њих појам каузе представља централни елемент кондикционог права. Наиме, они су пажњу усмерили на анализу и разграничење околности које су пресудне за примену кондикције од оних које нису, означавајући их терминима *causa finalis* и *causa impulsiva*.⁵¹⁵ *Condictio sine causa* за коментаторе представља општу тужбу која се примењује увек када недостаје кауза (*causa*), било да она од почетка није постојала, било да није наступила, било да је касније нестала.⁵¹⁶ Упркос широком поимању кондикције *sine causa* коментатори остају у границама Јустинијанове кодификације. Они своје учење о каузи примењују на конкретне случајеве који се налазе у *Corpus iuris civilis*-у. Њихов допринос се огледа у томе што су конкретна решења садржана у Кодификацији објашњавали теоријским конструкцијама преузетим из схоластичког учења којима су доделили правни садржај. Иако су кондикцији *sine causa* придали значај генералне тужбе у облику свеобухватне кондикције, она није имала карактер данашње опште тужбе из неоснованог обогаћења. Наиме, глосатори и коментатори су имали циљ само да разјасне Јустинијанову кодификацију, а не да стварају нова решења.⁵¹⁷

које су применили наведено схоластичко начело правећи разлику између правно релевантног мотива (*causa finalis*) и оног који то није (*causa impulsiva*). Као каузу кондикције *causa data causa non secuta* означили су циљ који је страна која је извршила своју обавезу желела да оствари. Зато су ту каузу означили термином *causa finalis*. Уколико код неименованих уговора једна страна изврши своју чинидбу а друга пропусти да то учини, извршена чинидба нема каузу *finalis*, због чега се применом начела *cessante causa cessat effectus* дозвољава повраћај извршеног путем кондикције *causa data causa non secuta*. Глосатори су чинили напоре да разграниче каузу *finalis* од каузе *impulsiva* јер је само прва била релевантна за примену кондикције. *Ibid.*, 197 и даље.

⁵¹⁴ *Ibid.*, 211.

⁵¹⁵ *Ibid.*, 204–210.

⁵¹⁶ *Ibid.*, 211.

⁵¹⁷ J. P. Dawson, 65

3.9. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ У КОНДИКЦИОНОМ ПРАВУ

Установа правно неоснованог обogaћења савременог права често се поистовећује са римском кондикцијом. Основна сличност се огледа у санкционисању стеченог без правног основа (*sine causa*). Међутим, и поред сродности тих установа, међу њима постоје значајне разлике које оправдавају њихово самостално правно постојање. Пре свега, те установе су настале у различитим временским периодима. Кондикција је створена у античком римском праву, док је јединствени институт правно неоснованог обogaћења настао крајем XIX века у немачком и швајцарском праву. Потом, кондикција се по правилу примењује онда када је једна страна извршила чинидбу другој страни која нема основа да задржи примљено.⁵¹⁸ Кондикција, дакле, служи за повраћај датог. За разлику од кондикције, правно неосновано обogaћење може настати не само чинидбом осиромашеног лица, већ и његовом радњом која не представља престацију, као, на пример, када једно лице погрешно верује да је реч о његовом земљишту па на њему изгради објекат. Осим тога, неосновано обogaћење може настати и радњом обogaћеног лица, радњом трећег лица или природним догађајем. Том установом се утужује имовинска корист која је неосновано остварена на било који начин на терет тужиоца.⁵¹⁹ Трећа основна разлика тиче се правила на основу којих се процењује обим одговорности.

Поистовећивање кондикционе и одговорности из неоснованог обogaћења нашло је упориште у романистичкој литератури.

Када је реч о кондикцији класичног права, нема сумње да она није била ограничена на постојеће обogaћење туженог.⁵²⁰ У класичном праву примењивана је апстрактна формула кондикције која је била усмерена на тачно одређену суму новца (*certa pecunia*) или тачно одређену ствар (*certa res*) те није могла садржати

⁵¹⁸ Изузетак представљају фрагменти D.12.1.4.1; D.12.1.23; D.25.2.25; D.25.2.6.4, у којима се кондикција додељује *sine datione*. О осталим случајевима у којима је додељивана кондикција иако није постојала *datio* вид. S. Heine, 56 и даље.

⁵¹⁹ Вид. С. М. Kaehler, 17 и даље.

⁵²⁰ Вид. Hubert Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht*, Weimar 1953, 1.

додатке попут ограничења на износ постојећег обогаћења.⁵²¹ Осим тога, правила *pluris petitio* која су важила у формуларном поступку такође су била препрека захтеву да тужени одговара за преостало обогаћење. Због тога се од кондикционог дужника захтевало да изврши повраћај примљене ствари без обзира на то да ли се у време литисконместације (*litis contestatio*) још увек налази у њеном поседу. Укидањем формуларног поступка у IV веку, нестали су процесни разлози који су били запрека одмеравању преосталог обогаћења. Због тога су, према мишљењу владајућег става у романистици, Јустинијанови компилатори примењивали начело по коме се на основу кондикције одговара за износ постојећег обогаћења.⁵²²

Поборници става да је Јустинијаново кондикционо право као општи принцип познавало одговорност за постојеће обогаћење пошли су од фрагмента D.12.6.26.12.⁵²³ у којем Улпијан говори о томе да, уколико је извршена недугована предаја роба кога је прималац *sine fraude*, то јест савесно продао за нижу цену (*modico distraxisti*), он ће бити обавезан да даваоцу преда само оно што му је од цене преостало.^{524, 525} На такав закључак утицало је схватање формирано још у општем праву (*ius commune*) да је Јустинијаново право узимало у обзир обогаћење које постоји у тренутку покретања поступка. Проучавајући Јустинијанову кодификацију правници општег права наилазили су на фрагменте у којима се говори о одговорности за постојеће обогаћење.⁵²⁶ Осим тога, у Кодификацији се

⁵²¹ Вид. Werner Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen 2003, 53; Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 614; C. Sanfilippo, 73; U. von Lübtow, 21.

⁵²² Вид. U. von Lübtow, 20; C. Sanfilippo, 57; F. Schwarz, 307.

⁵²³ D.12.6.26.12. *Ulpianus libro 26 ad edictum: ...hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes...*

⁵²⁴ Kaser и von Lübtow сматрају да је фрагмент интерполиран. Истог мишљења је и *Niederländer*, који истиче да се у прилог неklasичности фрагмента може истаћи неуобичајен начин формулације за класично право. Наиме, класични правници су одговорност за постојеће обогаћење означавали изразом *quanto locupletior factus est*, док се у поменутом фрагменту среће израз *quod ex pretio habes*. Вид. M. Kaser, *Quanti ea res est*, München 1935, 117–119; U. von Lübtow, 51; H. *Niederländer*, 6.

⁵²⁵ *Von Lübtow* сматра да се у класичном праву није вршила предаја купопродајне цене већ се плаћала објективна вредност отуђене ствари. Вид. U. von Lübtow, 71–77.

⁵²⁶ Одговорност за постојеће обогаћење јавља се само у једном уском пољу случајева у којима је она означена изразом *quanto locupletior factus est*. Реч је о одговорности жена и малолетника *sui iuris* који су послове склопили без одобрења татора. Вид. H. *Niederländer*, 76–81. Осим тога, ограничено – до износа постојећег обогаћења, одговарао је и савестан држалац наслеђа, али не на основу кондикције већ на основу наследничке тужбе – *hereditatis petitio* (D.5.3.20.6c).

срећу и фрагменти према којима кондикциони дужник одговара на основу доброг и правичног (*bonum et aequum*), природног права (*ius natura*), правичности (*aequitas*) и сл.⁵²⁷ Узимајући те фрагменте у обзир, а нарочито максиму *natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem* (D.12.6.14), правници општег права закључили су да је кондикциона одговорност Јустинијановог права усмерена на постојеће обогаћење.⁵²⁸ Наиме, „добро и правично” налажу да тужени одговара само за преостало обогаћење.

У науци постоји и супротан став да кондикциона одговорност у Јустинијановом праву није била ограничена на постојеће обогаћење.⁵²⁹ Тако је у фрагменту D.12.6.26.12. израз *quod ex pretio habes* употребљен не у значењу „шта је од цене преостало” већ „шта као цену имаш”.⁵³⁰ Тиме се желело истаћи да се у случају савесног отуђења уместо примљене ствари враћа њен сурогат који се огледа у купопродајној цени.⁵³¹ Штавише, тај израз управо доказује да је кондикциона одговорност била усмерена на повраћај примљеног, а не на

Вид. W. Flume, 38–48. Одговорност жена и малолетника *sui iuris* одликује се специфичношћу због тога што су се они налазили под заштитом татора који је морао дати одобрење за послове отуђења њихове имовине (Gaius, *Inst.* II, 80–85). Уколико је посао склопљен без одобрења татора, жене и малолетници су одговарали само до износа сопственог обогаћења које се одмеравало према тренутку литисконтестације (D.46.3.47). Између одговорности за постојеће обогаћење због одсуства одобрења татора и кондикционе одговорности постоје разлике. Кондикциона одговорност настаје због непостојања правног основа због чега се стечено мора вратити. С друге стране, тежиште одговорности малолетника и жена *sui iuris* није на неоснованом стицању већ на потреби неутрализације правних аката који су предузети без одобрења татора по принципу: ни користи ни штете за лица која нису у стању да се старају о сопственим интересима (H. Niederländer, 56–57). Притом, за разлику од кондикције која је цивилноправно средство, малолетници су у класичном праву одговарали на основу преторске *actio utilis* (D.46.3.66). Ограничена одговорност малолетника и жена условљена је посебном заштитом коју уживају те категорије лица. Разлози који налажу њихову ограничену одговорност за постојеће обогаћење нису исти као они који постоје у савременом праву. Тако, данас одговорност за постојеће обогаћење није изузетак већ правило које се примењује увек када је тужени био савесно лице, то јест када је веровао у основаност и коначност свог стицања. У римском праву, напротив, одговорност за постојеће обогаћење била је мотивисана другим разлозима који су се огледали у политици посебне заштите одређених категорија лица.

⁵²⁷ D.12.1.32; D.12.4.3.7.

⁵²⁸ W. Flume, 53.

⁵²⁹ W. Flume, 27; H. Niederländer, 7.

⁵³⁰ W. Flume, 29.

⁵³¹ Вид. W. Flume, 28. *Heine* сматра да термин *pretium* у том фрагменту не означава купопродајну цену већ вредност роба. Стога израз *quod ex pretio habes* треба тумачити тако да је тужени дужан предати оно што је од вредности роба примио а то је купопродајна цена. Њен закључак се, дакле, своди на исти онај до којег је дошао *Flume*. Вид. S. Heine, 91.

преостало обогаћење. Уколико тужени не може да врати конкретно примљену ствар, обавезује се да преда њен сурогат. Да су компилатори у фрагменту D.12.6.26.12. туженог хтели да обавезу да преда преостало обогаћење (оно што од примљене цене поседује у тренутку подизања тужбе), они би употребили израз *in quantum locupletior factus est* који је карактеристичан за одговорност за постојеће обогаћење.⁵³² Мало је вероватно да су компилатори ограничену одговорност на постојеће обогаћење проширили на све кондикционе случајеве. Напротив, да је то био случај у Јустинијановој кодификацији не би имало потребе посебно разматрати одговорност малолетника и жена *sui iuris*, наглашавајући да они одговарају за постојеће обогаћење.⁵³³

Код савремене одговорности за обогаћење нагласак је на имовинској користи неосновано оствареној на терет тужиоца. Тужени се уз испуњење одређених услова може ослободити одговорности уколико у време подизања тужбе није више обогаћен. У случају кондикције санкционише се неосновано стицање, а не неосновано остварена имовинска корист. Наиме, неосновано стечено по правилу представља имовинску добит. Међутим, битан елемент кондикције није остварена корист, те њена примена не претпоставља одмеравање и упоређивање имовине тужиоца и туженог пре и после наступања кондикционог случаја као што је правило код неоснованог обогаћења. Тужени (кондикциони дужник) примарно је обавезан да врати ствар коју је примио. С друге стране, тужени због правно неоснованог обогаћења може бити примарно обавезан на новчану реституцију.⁵³⁴

⁵³² Вид. W. Flume, 29.

⁵³³ *Ibid.*, 46.

⁵³⁴ Традиционална енглеска правна средства за спречавање неоснованог обогаћења су квазиконтракти (*quantum valebat*, *quantum meruit*, *money had and received*) на основу којих се тужени увек обавезује на плаћање новчаног износа. Због тога, иако је тужилац предао ствар туженом, овај се обавезује на плаћање њеног новчаног еквивалента (*quantum valebat*). Решење да се тужени примарно обавезује на новчану реституцију објашњава се пореклом енглеских квазиконтраката који су настали због ригидности контрактног система који је захтевао да споразумом буду обухваћени сви детаљи уговора. С обзиром на то да контракт због одређеног недостатка није настао, није било могуће започети парницу којом би се захтевало испуњење споразума. Међутим, уколико је на основу тог споразума (који није обухватио све елементе потребне да би настао контракт) једна страна извршила своју обавезу, њој је признато право на одговарајућу накнаду у висини извршене престације. Вид. P. Gallo (1990), 41 и даље.

За кондикцију *indebiti* Помпоније каже (D.12.6.7): *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur.* – „Када је у заблуди извршена исплата недугованог, враћа се или исто или исто толико.” Другим речима, тужени је дужан да врати исту ствар коју је примио или исту врсту ствари у истој количини и истог квалитета као што је била она коју је примио. Према томе, прави се разлика између ствари које су индивидуално одређене (*species*) и заменљивих ствари (*genera*).

Уколико је реч о тачно одређеној ствари (*species*), враћа се иста ствар. Тужилац тада сноси ризик погоршања ствари будући да она може бити мање вредности у тренутку повраћаја него што је била у тренутку у коме је ствар тужени примио.

Ако индивидуално одређену ствар није могуће у природи вратити, тужени се обавезује на предају њеног сурогата. У фрагменту D.12.1.23. говори се о савесном отуђењу роба до кога је дошло зато што је продавац, иначе држалац роба, погрешно веровао да му је роб остављен виндикационим легатом, док је у стварности роб био остављен другом лицу.⁵³⁵ Према Јулијановом мишљењу, у случају да роб умре, прави легатар може подићи кондикцију против продавца за износ купопродајне цене.⁵³⁶ С обзиром на то да је власник роба прави легатар, он би, да је роб још увек жив, могао да подигне реивиндикациону тужбу против купца. Међутим, смрћу роба, могућност подизања реивиндикационе тужбе се гаси, те прави легатар може једино да се обрати путативном легатару и од њега

⁵³⁵ D.12.1.23. *Africanus libro secundo quaestionum: Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

⁵³⁶ *Niederländer* сматра да је фрагмент интерполиран јег изостаје *datio* која је у класичном праву била услов примене кондикције. Обавеза предаје сурогата је ипак класична само је врста тужбе интерполирана. Вид. Н. *Niederländer*, 3. *Von Lübtow* такође сматра да је Јулијанова одлука интерполирана. Према његовом мишљењу, изворно је додељивана преторска *actio in factum* која је била усмерена на вредност отуђене ствари. Кондикција није долазила у обзир јер се за њену примену захтевала *datio* које овде није било. Компилатори су уместо *actio in factum* доделили кондикцију, при чему под изразом *pretium* нису разумели вредност роба већ купопродајну цену, што је било у складу са њиховим схватањем о неоснованом обogaћењу. Вид. U. von Lübtow, 75. Другачије схватање заступа *Heine*, која сматра да се кондикција изузетно примењивала и у случајевима када није постојала *datio*. Фрагмент D.12.1.23. представља пример доделе кондикције у ситуацији у којој тужени (путативни легатар) није стекао ствар у својину на основу чинидбе тужиоца (правог легатара). Вид. S. Heine, 86–87.

захтева реституцију примљене цене путем кондикције *pretii*. С обзиром на то да се не може извршити повраћај роба, на његово место ступа друга ствар – купопродајна цена. Сурогат се предаје када примљену ствар (*species*) није могуће у природи вратити па се предаје оно што је ступило на њено место.⁵³⁷ Принцип сурогата примењује се да би одговорност туженог наставила да постоји будући да он не може вратити ствар коју је примио.

Када су у питању заменљиве ствари (*genera*) кондикциони дужник је обавезан да преда исту врсту ствари у истој количини и истог квалитета као што је била она коју је неосновано примио. Међутим, у нескладу са D.12.6.7. је фрагмент у којем се говори о потрошњи заменљивих ствари. Тако, према D.12.6.65.6⁵³⁸, у случају предаје недугованог жита узима се у обзир његов квалитет због тога што се прималац, који га је потрошио, обавезује да плати његову вредност (*pretium repetet*).⁵³⁹ Такво решење делује нелогично када се доведе у везу са општим правилом *genera non pereunt* према којем случајна пропаст заменљивих ствари не ослобађа дужника од одговорности већ је он обавезан да преда ствар исте врсте, количине и квалитета као што је била она која је пропала.⁵⁴⁰ Према томе, дужник коме је без његове кривице и делања пропала заменљива ствар обавезан је на натуралну реституцију, док дужник који је потрошио такву ствар има обавезу да плати њену новчану вредност, то јест да изврши новчану реституцију. Осим тога, и у случају зајма, који је због сличности по настанку

⁵³⁷ У случају савесне потрошње заменљивих ствари тужени се не ослобађа одговорности. Напротив, савесна потрошња индивидуално одређене ствари (*species*) као и њена случајна пропаст искључују примену кондикције. За разлику од случајева потрошње и пропасти ствари, у ситуацији када је тужени отуђио ствар у почетку је и даље био обавезан на њен повраћај све док она физички постоји. Касније [у доба Јулијана и Африкана (D.12.1.23)], тужени се, у случају савесног отуђења ствари која потом физички престане да постоји (роб умре), осуђује на исплату примљене купопродајне цене. Вид. Н. Niederländer, 3–4.

⁵³⁸ D.12.6.65.6. *Paulus libro 17 ad Plautium: In frumento indebito soluto et bonitas est et, si consumpsit frumentum, pretium repetet.*

⁵³⁹ *Von Lübtow* сматра да се у оригиналном тексту правила разлика између савесне и несавесне потрошње. Ако је прималац био савестан у тренутку стицања жита које је потом савесно потрошио, био је дужан да плати његову вредност. С друге стране, у случају несавесне потрошње тужени је плаћао накнаду штете. За компилаторе је разлика између савесне и несавесне потрошње била беспредметна. Они су сматрали да је без обзира на његову савесност потрошњом жита наступила конзумпција вредности за коју је тужени обогаћен. Отуда је он, чак и да је био савестан, дужан да плати његову вредност. Вид. U. von Lübtow, 80. Супротно W. Flume, 33.

⁵⁴⁰ Н. Niederländer, 6.

упоређиван са исплатом недугованог, враћала се истоврсна ствар.⁵⁴¹ Због тога се чини вероватнијим да је у класичном праву у случају потрошње заменљивих ствари предмет кондикције била натурална реституција, а не плаћање новчане вредности, због чега не треба искључити могућност да је фрагмент D.12.6.65.6. интерполиран.⁵⁴²

Кондикциона одговорност Јустинијановог права није узимала у обзир нестанак обogaћења туженог већ је он одговарао због неоснованог стицања без обзира на то да ли у тренутку подизања тужбе још увек поседује неосновано стечену ствар. Ако тужени не поседује ствар која се потражује, биће обавезан да преда другу ствар (сурогат) коју је уместо ње, евентуално, примио. Примена принципа сурогата доводи до блаже одговорности туженог једино уколико је друга ствар мање вредности од оне на чије место је ступила (купопродајна цена је нижа од објективне вредности продате ствари). Па ипак, обавеза предаје сурогата не може се сматрати зачетком савремене идеје о одговорности за постојеће обogaћење.⁵⁴³ Сурогат ступа на место примарно стечене ствари коју због фактичких или правних разлога није могуће вратити. Одговорност за постојеће обogaћење полази од потребе заштите савесног лица које се обавезује на повраћај имовинске користи коју поседује у тренутку када је сазнао да је његово стицање неосновано. Битан елемент савремене одговорности за обogaћење јесте остварена имовинска корист која се правно не може оправдати. За разлику од ње, кондикциона одговорност се не заснива на повраћају остварене користи већ на повраћају примљеног без правног основа (*sine causa*). Елемент користи код неоснованог обogaћења преузет је из једне друге установе римског права – верзионе тужбе (*actio de in rem verso*).⁵⁴⁴ Спајањем елемената верзионе тужбе

⁵⁴¹ Gaius, *Institutiones* (III, 91)

⁵⁴² Упор. U. von Lübtow, 79.

⁵⁴³ *Niederländer* сматра да је неосновано схватање да ослобођење од одговорности због нестанка обogaћења своје корене има у принципу сурогата. Тај принцип почива на идеји економског еквивалента због чега купопродајна цена по правилу одговара објективној вредности ствари. Вид. H. *Niederländer*, 5.

⁵⁴⁴ Верзиона тужба (*actio de in rem verso*) настала је у римском праву као једна од преторског адјектиционих тужби (*actiones adiecticiae qualitatis*) на основу којих је патерфамилијас одговарао за контрактне обавезе које су преузела њему потчињена лица. Поверилац лица *alieni iuris* или роба који своје потраживање није могао да наплати из пекулијума свог дужника, помоћу

(*versum*) и кондикције (*sine causa*) створена је општа тужба која карактерише савремену установу неоснованог обogaћења и која начелно санкционише свако правно неосновано остварење користи.

Међутим, иако за кондикциону одговорност не важи начелно правило о обавези повраћаја примљеног у обиму који постоји у тренутку утужења, до истог практичног решења долази се у одређеним случајевима применом правила о савесности туженог. Наиме, извори показују да су римски правници водили рачуна о савесности туженог. У ситуацији у којој није могло извршити повраћај примљене ствари (*species*) ни њеног сурогата савесно лице се ослобађало обавезе плаћања њеног новчаног еквивалента.

У римском праву кондикција се због своје апстрактне формуле примењивала на разноврсна чињенична стања у која спада и поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*).⁵⁴⁵ Поклонодавац који оздрави могао је подићи кондикцију којом би захтевао повраћај поклона који је учинио за случај смрти.⁵⁴⁶ У фрагменту D.39.6.19⁵⁴⁷ Јулијан разматра неколико ситуација у којима се јавља поклон за случај смрти. Најпре, поклонопримац је од почетка потчињено лице. Тако, ако је поклон за случај смрти дат сину који је *alieni iuris*, поклонодавац који оздрави може подићи тужбу *actio de peculio*⁵⁴⁸ на основу које се синовљев

тужбе *de in rem verso* наплату је вршио из имовине дужниковог патерфамилијаса, под условом да је патерфамилијас имао корист од закљученог уговора која се огледала у вредности која је ушла у његову имовину.

⁵⁴⁵ F. Schwarz, 166–169.

⁵⁴⁶ D.39.6.35.3.

⁵⁴⁷ D.39.6.19. *Iulianus libro 80 digestorum: Si filio familias res mortis causa data fuerit et convaluisse, donator actionem de peculio cum patre habet: at si pater familias, cum mortis causa donationem accepisset, in adoptionem se dederit, res ipsa a donatore repetitur. Nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium eius condiceret.*

⁵⁴⁸ *Actio de peculio* и *actio de in rem verso* спадају у преторске адјектиционе тужбе (*actiones adiecticiae qualitatis*), при чему није сасвим јасно у каквом односу су оне биле. Вид. Gaius, *Institutiones* (IV, 72a; IV, 74; IV, 74a). У Јустинијановим Институцијама (IV, 7.4b) изричито се наводи да је реч о једној тужби са две различите кондеминације. Премда неки фрагменти (Gaius, *Inst.* IV, 72a; D.15.3.5.2) упућују на то да се најпре настојало утврдити постоји ли корист на страни патерфамилијаса па се тек уколико ње нема поверилац намирује из пекулијума потчињеног лица, постоје текстови који указују на то да је редослед испитивања судије био обратан, то јест да је утврђивање користи долазило у обзир само ако је било јасно да нема пекулијума или да нема довољно средстава у њему (D.15.3.16; D.4.3.20; D.15.3.19).

патерфамилијас осуђује да врати предмет поклона. Поклонодавац не може подићи кондикцију против сина због тога што се он налази под влашћу патерфамилијаса и нема своју имовину из које може извршити повраћај. Додела тужбе *de peculio* претпоставља да син поседује пекулијум, те се његов патерфамилијас обавезује на повраћај у обиму који не може прелазити вредност пекулијума. Следећа ситуација коју разматра Јулијан говори о томе да је у тренутку стицања поклона за случај смрти поклонопримац био патерфамилијас, односно својевласно лице (*sui iuris*), али је накнадно усвојен, тако да је у тренутку када поклонодавац захтева повраћај поклона он потчињено лице (*alieni iuris*). Упркос томе што је поклонопримац претрпео *capitis deminutio minima*, поклонодавац има право да захтева повраћај предмета поклона. У фрагменту се не говори о томе којом врстом тужбе у овом случају располаже поклонодавац за повраћај поклона. Уколико је поклонопримац добио пекулијум, за повраћај поклоњене ствари поново долази у обзир *actio de peculio*.⁵⁴⁹ Последња ситуација коју разматра Јулијан говори о томе да је поклонопримац, пре него што је поклонодавац захтевао повраћај, располагао предметом поклона. Поклон за случај смрти претпоставља да је поклонопримац постао власник поклоњене ствари због чега је његово располагање пуноважно. Поклонодавац нема право на реивиндикациону тужбу јер је изгубио својину на поклоњеној ствари још у тренутку када је учинио поклон. Међутим, поклонопримац је несавесно лице јер је био свестан да у случају поклонодавчевог оздрављења може бити дужан да врати поклоњену ствар. Из тог разлога Јулијан поклонодавцу додељује кондикцију којом може захтевати предају цене (уколико је ствар продао) или исплату вредности ствари (уколико је њоме бестеретно располагао). Како се у фрагменту само каже да је поклонопримац пренео ствар у својину (*dedit*), долази у обзир и теретно и бестеретно располагање. Из тога произлази да се *condictio pretii*, с обзиром на двозначност термина *pretium*, могла применити и за предају купопродајне цене и за исплату вредности ствари.⁵⁵⁰ У случају доброчиног располагања поклонопримац није добио ништа заузврат, али упркос томе остаје одговоран за вредност поклоњене ствари. Разлог који не

⁵⁴⁹ S. Heine, 88, фн. 128.

⁵⁵⁰ Вид. U. von Lütow, 79.

ослобађа туженог одговорности треба тражити у чињеници да је он несавесно поступио када је располагао поклоњеном ствари.

Следећи фрагмент који сведочи о томе да се о несавесности туженог водило рачуна јесте D.39.6.39.⁵⁵¹ Према Пауловом мишљењу, поклонопримац поклоне за случај смрти који је ослободио дарованог роба биће дужан на основу кондикције да поклонопримцу плати вредност роба. Упркос томе што је поклонопримац био свестан да у случају да поклонодавац оздрави може бити обавезан да врати роба, он га је ослободио и тако онемогућио натуралну реституцију. Пошто не постоји сурогат који је дошао на место роба, тужени је дужан да плати вредност поклоњене ствари.

Потом, према фрагменту D.39.6.37.1⁵⁵², уколико поклонодавац поклоне за случај смрти оздрави, може подићи кондикцију против поклонопримца који је у међувремену продао роба који је био предмет поклоне и захтевати предају цене или реституцију роба. У случају пуноважног отуђења тужени предаје купопродајну цену коју је остварио. Ако роб није пуноважно отуђен, тужени се обавезује да изврши реституцију роба. Наведени фрагмент управо сведочи да је кондикциона одговорност примарно била усмерена на повраћај примљеног. Тек уколико није било могуће извршити натуралну реституцију, тужени се обавезивао на предају сурогага.

У наведеним фрагментима тужени се обавезује на повраћај примљеног, односно његовог сурогага. Ако нема сурогага, несавесно лице се не ослобађа одговорности већ је дужно да исплати вредност примљене ствари.

О савесности туженог води се рачуна и приликом исплате недугованог (*solutio indebiti*). У фрагменту D.12.6.65.8.⁵⁵³ несавестан стицалац којем је

⁵⁵¹ D.39.6.39. *Paulus libro 17 ad Plautium: Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condicione in pretium servi, quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator.*

⁵⁵² D.39.6.37.1. *Ulpianus libro 15 ad legem Iuliam et Papiam: Iulianus ait: si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit et hoc vivo donatore fecerit, pretii condicionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit. Alioquin et ipsum servum restituere compellitur.*

⁵⁵³ D.12.6.65.8. *Paulus libro 17 ad Plautium: Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas.*

недуговано предат роб којег је он потом ослободио обавезује се да даваоцу исплати вредност роба. Његова несавесност се не процењује према тренутку стицања роба већ према тренутку његовог ослобођења. Наиме, стицалац у тренутку ослобађања роба мора бити свестан да обавеза предаје роба није постојала, односно да га је неосновано стекао.⁵⁵⁴ Притом, он никако не сме бити несавестан у тренутку стицања роба јер би у противном извршио крађу па би се против њега могла подићи *condictio ex causa furtiva*⁵⁵⁵, а не *condictio indebiti*, као што је случај у овом фрагменту.⁵⁵⁶ Међутим, ако је прималац био савестан, он се ослобађа обавезе исплате вредности роба, али је дужан да преда користи које као патрон стиче због извршене манумисије.

У свим наведеним фрагментима тужени остаје одговоран у обиму неосновано стечене ствари без обзира да ли у тренутку покретања поступка поседује ту ствар или њен сурогат. Разлог је његова несавесност. Код неоснованог обогаћења у савременом праву тужени који је био несавестан такође се не ослобађа одговорности уколико је корист коју је остварио нестала. Несавесност у кондикционом праву може се манифестовати на различите начине зависно од врсте кондикционог случаја. Тако, у случају кондикције за повраћај поклона за случај смрти тужени је несавестан због тога што је предметом поклона располагао иако је био свестан да може бити обавезан на његов повраћај. У случају кондикције *indebiti*, тужени је несавестан онда када је у тренутку располагања предметом стицања знао да га је неосновано примио. Уколико је у тренутку стицања знао да прима недуговано, чинио је крађу и у том случају се против њега подизала *condictio ex causa furtiva*. У савременом институту неоснованог обогаћења несавесност се такође огледа у томе што је обогаћени био свестан да неосновано стиче корист. Последица тога је да он одговара за корист коју је примио чак и да је она накнадно нестала.

⁵⁵⁴ S. Heine, 90.

⁵⁵⁵ D.13.1.18. *Scaevola libro quarto quaestionum: Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit...*

⁵⁵⁶ S. Heine, 90, фн. 132.

Римски правници предмет неоснованог стицања нису анализирали у светлу имовинске користи која представља битан елемент одговорности за обогаћење. У том погледу постоји битна разлика између кондикционе и савремене одговорности за обогаћење. Па ипак, између њих постоји други важан заједнички елемент који се огледа у потреби заштите савесног туженог који на практичном нивоу води истом решењу, према којем несавесно лице увек одговара за оно што је стекло а не за оно што поседује у тренутку утужења. Према томе, кондикционој и одговорности за обогаћење заједничка је не само неоснованост стицања већ и вођење рачуна о савесности туженог. У случају несавесног стицаоца кондикциона и одговорност за обогаћење се подударaju.

ЧЕТВРТИ ДЕО: ВЕРЗИОНА ОДГОВОРНОСТ

4.1. *ACTIO DE IN REM VERSO* У РИМСКОМ ПРАВУ

Верзиона тужба у римском праву настала је из специфичности римског робовласничког система и устројства римске породице у којој је само патерфамилијас имао правну способност те је у начелу једини могао да поседује имовину. Отуда је важило правило да све што потчињено лице стекне припада његовом патерфамилијасу.⁵⁵⁷ У околностима квалитативних и квантитативних промена римске државе, које су нарочито дошле до изражаја након другог Пунског рата, постало је немогуће да патерфамилијас обавља све послове разгранатог правног промета па у ту сврху овлашћује своја потчињена лица (синове и робове) која делају као нека врста његове „продужене” руке. Потчињено лице у правном смислу није поседовало сопствену имовину из које би испунило преузету обавезу. Уколико патерфамилијас није хтео добровољно да изврши обавезу коју је преузело његово потчињено лице, није могао бити правно принуђен да је испуни. Ради несметаног одвијања правног промета, било је неопходно да се патерфамалијас учини одговорним за испуњење контрактних обавеза својих почињених лица. У ту сврху претор је установио адјектиционе тужбе (*actiones adiecticiae qualitatis*)⁵⁵⁸ које су омогућавале да у случају склапања контракта са потчињеним лицем за испуњење обавезе коју је оно преузело буде осуђен његов патерфамилијас. Једна од преторских адјектиционих тужби била је *actio de in rem verso*. Поверилац лица *alieni iuris* или роба који своје потраживање није могао да наплати из пекулијума⁵⁵⁹ свог дужника помоћу те тужбе наплату је вршио из имовине дужниковог патерфамилијаса, под условом да је

⁵⁵⁷ М. Kaser (1971), 286.

⁵⁵⁸ Од адјектиционих тужби треба разликовати ноксалне тужбе на основу којих је патерфамилијас одувек одговарао за деликте својих потчињених лица. Вид. Милена Полојац, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003, 113-129.

⁵⁵⁹ *Peculium* (од *pecus* – стока, стадо) представља део имовине који је патерфамилијас уступао на коришћење својим синовима и робовима. Њен назив указује на то да је првобитно додељиван део породичног стада, док је касније потчињеним лицима повераван део земљишта или свота новца. Над тим делом добара та лица нису стицала својинска овлашћења, већ је пекулијум и даље остајао формално у власништву патерфамилијаса. Међутим, потчињена лица су имала широку могућност фактичког располагања повереним добрима, на основу чега су се лица која су се налазила под влашћу патерфамилијаса широко укључивала у пословни живот. Ж. Бујуклић (2012), одредница *peculium*, 569–571.

патерфамилијас имао корист од закљученог уговора која се огледала у вредности која је ушла у његову имовину. Шеф породице одговарао је ограничено – до висине те вредности⁵⁶⁰, при чему није било потребно да она постоји и у време подизања тужбе.⁵⁶¹

О верзионој тужби класичног права сазнаје се из Гајевих Институција. Разматрајући верзиону тужбу, Гај је доводи у везу са тужбом из пекулијума, при чему није сасвим јасно у каквом су односу оне биле.

IV, 72a: „Постоје такође и *actio de peculio* и *de in rem verso* које је створио претор. Може бити закључен посао са сином или робом у коме није било нити воље нити сагласности оца или господара, а да је ипак од тог посла, који је са овим лицем закључен, отац или господар имао користи. Колико је била његова добит, на толики износ се даје тужба. Шта се сматра добити треба подробно објаснити. Ако није било никакве добити, претор даје једино тужбу *de peculio* и у едикту су употребљене речи из ове тужбе. Едикт такође говори и о ономе који је преваром одузео пекулијум. Ако је, примера ради, од десет сестерција које је твој роб узео од мене на зајам, он исплатио твом повериоцу пет или је купио за пет неку неопходну ствар, нпр. храну за породицу, а осталих пет потрошио на неки други начин, за првих пет досуђује се цео износ, а за осталих пет онолико колико се буде нашло у пекулијуму. Из овога се може јасно видети: ако је свих десет утрошено у твоју корист, могу да захтевам цео износ...”⁵⁶²

У том фрагменту се уочава заједничка карактеристика верзионе тужбе (*a. de in rem verso*) и тужбе из пекулијума (*a. de peculio*) која их разликује у односу на остале адјектиционе тужбе и која се састоји у томе да се за њихову примену не захтева воља (*voluntas*) односно сагласност (*consensus*) патерфамилијаса за склапање правног посла.⁵⁶³ Према томе да ли је правни посао склопљен на основу воље, односно сагласности патерфамилијаса, разликовао се и обим његове

⁵⁶⁰ D.15.3.3.1.

⁵⁶¹ D.15.3.3.7; D.15.3.3.8.

⁵⁶² Превод О. Станојевић (1982), 279.

⁵⁶³ Упор. Gaius, *Institutiones* (IV, 70, 71, 72).

одговорности. Тако, уколико је он желео да се склопи посао, одговарао је за цео износ повериочевог потраживања (*in solidum*). Обратно, у примени тужбе *de peculio* и *de in rem verso*, с обзиром на то да није било потребно да је потчињено лице посао склопило на основу воље односно сагласности патерфамилијаса, овај је одговарао ограничено – само до износа пекулијума, односно висине користи коју је имао од предузетог посла који је склопило његово почињено лице.

Недоумица у вези са односом верзионе и тужбе из пекулијума изазвана је тиме што Гај одвојено разматрата *versum* и *peculium* иако формулација прве реченице овог фрагмента (нарочито употреба везника „и”)⁵⁶⁴ упућује на то да је реч о једној тужби. Додатну тешкоћу у разумевању верзионе тужбе представља то што за ситуацију у којој је патерфамилијас остварио корист Гај не именује тужбу која се тада примењује, па остаје отворено да ли је то *actio de peculio et de in rem verso* или само *actio de in rem verso*. Напротив, у случају да није остварена никаква корист Гај изричито каже да се примењује само *actio de peculio*.

Гај даље разматра конкурентну примену више адјектиционих тужби, при чему верзиону и тужбу из пекулијума поново супротставља осталим адјектиционим тужбама.

IV, 74: „Уосталом, нема сумње да и онај који је закључио посао уз изричиту наредбу патерфамилијаса или господара или који има право на *actio exercitoria* или *institoria*, може да тужи и са *actio de peculio* или *de in rem verso*. Али нико неће бити толико неразборит да се, уместо тужбе којом без сумње може добити цело потраживање, изложи тешкоћама доказивања да има пекулијум онај с којим је склопио уговор или да је из посла поводом кога тужи патерфамилијас или господар имао корист.”⁵⁶⁵

Из тог фрагмента произилази да се на исто чињенично стање алтернативно може применити више адјектиционих тужби, при чему је поверилац овлашћен да изабере којом од њих ће најлакше остварити своје потраживање. Према свему судећи, повериоцу је боље да се определи за примену тужби у

⁵⁶⁴ *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta.*

⁵⁶⁵ Превод О. Станојевић (1982), 281.

којима треба да докаже вољни елемент на страни патерфамилијаса (*actio quod iussu, institoria, exercitoria*) јер ће тако моћи потпуно да се намири. Такође, Гај казује да доказивање постојања пекулијама односно користи за патерфамилијаса није било нимало лако, те да примена тужбе *de peculio* или *de in rem verso* треба да буде подређена примени осталих адјектиционих тужби.

У следећем фрагменту (IV, 74a) Гај анализира однос верзионе и тужбе из пекулијума са трибуторном тужбом.

IV, 74a: „Ко има право на *actio tributoria* може да тужи и са *actio de peculio* или *de in rem verso*. И често ће бити погодније употребити ову тужбу уместо трибуторне, јер се код *actio tributoria* под пекулијимом подразумева једино роба којом тргује син или роб, као и добит из трговине, док се код *actio de peculio* све рачуна у пекулијум. А могуће је да неко само трећину, четвртину или мањи део пекулијума употреби ради трговине, а највећи део пекулијума да уложи у друге ствари. Тужилац утолико пре треба да покрене *actio de in rem verso*, уколико може да докаже да је оно што је дао на име извршења уговора закљученог са сином или робом отишло на корист патерфамилијаса или господара, јер се, као што смо напред рекли, употребљава иста формула и за *actio de peculio* и за *actio de in rem verso*.”⁵⁶⁶

За разлику од претходног фрагмента (IV, 74) у коме се фаворизују остале адјектиционе тужбе, у том фрагменту Гај даје предност примени тужбе *de peculio* или *de in rem verso* у односу на трибуторну тужбу. Наиме, у ситуацији када је могуће применити трибуторну алтернативно се може применити и тужба *de peculio* или *de in rem verso*. Примена трибуторне тужбе претпоставља постојање пекулијума⁵⁶⁷ потчињеног лица, при чему оно може употребити само један његов део за вођење трговине. У том случају ће патерфамилијас бити осуђен само до износа тог дела, односно добити која је настала из те трговине. Због тога је целисходније применити тужбу *de peculio* јер она нема ограничења до вредности трговине већ патерфамилијас одговара до износа целог пекулијума.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ Вид. Gaius, *Institutiones* (IV, 72).

Такође, у поређењу са претходна два фрагмента (IV, 72a и IV, 74), у којима није сасвим јасно да ли је реч о једној (*actio de peculio et de in rem verso*)⁵⁶⁸ или о две тужбе (*actio de peculio, actio de in rem verso*), чини се да Гај овде разликује тужбу *de peculio* од тужбе *de in rem verso* тако што даје предност овој другој. Уколико корист коју патерфамилијас остварује из уговора њему потчињеног лица превазилази вредност пекулијума тог лица, поверилац ће своје потраживање моћи потпуно да намири тужбом *de in rem verso* због тога што тужба *de peculio* омогућава намирење само до вредности пекулијума. Међутим, сумњу у то да је тужба *de peculio* независна од тужбе *de in rem verso* изазива последња Гајева реченица у овом фрагменту у којој се за обе тужбе употребљава иста формула.

У прилог ставу да је то била једна тужба наводи се фрагмент из Јустинијанових Институција (IV, 7.4b) у којем се изричито каже да је реч о једној тужби са две различите кондеминације.⁵⁶⁹

Иако је Ленел у реконструкцији Вечитог едикта понудио јединствену формулу⁵⁷⁰, то не значи да је тужба *de in rem verso* када се први пут појавила у преторовом едикту била прописана заједно са тужбом *de peculio* истом формулом. Штавише, могуће је да је она тада представљала самосталну формулу одвојену од оне која се тицала пекулијума. Због тога се може говорити о две могућности: или да су одредбе *de peculio* и *de in rem verso* истовремено уведене, односно да су од самог почетка чиниле исту формулу, или да су настале одвојено па су се тек касније стопиле у једној формули.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Сумњу у то да ли је реч о једној или две тужбе нарочито изазива то што Гај употребљава различите везнике. Тако је у фрагменту IV, 72a. употребљен везник *et* (и): *...de peculio et de in rem verso*, док је везник *aut* (или) употребљен у фрагменту IV, 74: (*...de peculio aut de in rem verso...*) односно *vel* (или) у IV, 74a: *...de peculio vel de in rem verso...*

⁵⁶⁹ Iustiniani *Institutiones* (IV, 7.4b): *...licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes...*

⁵⁷⁰ *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset (est?) negotium gestum erit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit factum erit, quo minus peculii esset, sive quid inde in rem eius in cuius potestate erit, versum erit, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo.* Вид. О. Lenel, 276.

⁵⁷¹ Вид. Geoffrey Mac Cormack, „The Early History of the „Actio de in rem verso“, Alfenus to Labeo”, *Studi in onore di Arnaldo Biscardi II*, Milano IEC 1982, 321.

Према првој могућности, претор је најпре испитивао да ли постоји пекулијум те да ли се поверилац може намирити из њега.⁵⁷²

Што се тиче друге могућности: да постоји изворна независност две клаузуле, поставља се питање да ли је прво уведена одредба о пекулијуму или, пак, о верзији. Уколико се узме да је одговорност по основу пекулијума старија, могућ разлог накнадног увођења одговорности на основу верзије може бити омогућавање санкционисања патерфамилијаса који је тиме што није доделио пекулијум својим потчињеним лицима настојао да избегне одговорност на основу њега. С друге стране, ако се претпостави супротно: да је верзиона одговорност уведена пре одговорности на основу пекулијума, поставља питање шта је навело претора на то. Из чињенице да све што потчињена лица стекну припада њиховом патерфамилијасу чини се вероватним да је претор најпре омогућавао да старешине породице одговарају због остварене користи као да су сами склопили правни посао. Наиме, у почетку су потчињена лица спорадично склапала послове, а тек развојем економских односа, због немогућности да патерфамилијас самостално обавља све послове, постала је пракса да им се додељује пекулијум. Отуда је вероватно да је претор најпре дозволио да патерфамилијас одговара у случају када је остварио корист из посла њему потчињеног лица у доба када се пекулијум још увек није додељивао.⁵⁷³ Уколико се прихвати да је претор најпре

⁵⁷² Према неки фрагменти (Gaius, *Inst.* IV, 72a; D. 15.3.5.2) упућују на то да се најпре настојало утврдити постоји ли корист на страни патерфамилијаса па се тек уколико ње нема поверилац намиривао из пекулијума потчињеног лица, постоје текстови који указују на то да је редослед испитивања судије био обратан, то јест да је утврђивање користи долазило у обзир само ако је било јасно да нема пекулијума или да нема довољно средстава у њему (D.15.3.16; D.4.3.20; D.15.3.19).

⁵⁷³ Према мишљењу *Mac Cormack*-а, мало је вероватно да је претор увео два различите одговорности истовремено у истом едикту. Иако није сигуран која је прва уведена, предност даје верзионој одговорности. Требало је доделити правно средство и онда када претор још увек није био спреман да потпуно правно призна независне трансакције робова и синова на темељу њиховог пекулијума. Иако претор још није правно признао пекулијум, осетио је неопходност санкционисања случајева када је патерфамилијас профитирао од трансакција својих синова и робова. Када је пекулијум правно признат, уведена је одговорност патерфамилијаса до обима пекулијума за трансакције његових синова и робова. Примарно средство којим је располагало лице које је склопило правни посао са сином или робом била је тужба *de peculio*. Одговорност по основу верзије наставила је да постоји, али сада као супсидијерни део одредбе о одговорности по основу пекулијума. Под изразом „супсидијерно” мисли се на то да је судија најпре испитивао могућност примене правног средства против пекулијума, док је верзију испитивао једино уколико није било пекулијума или ако његова вредност није била довољна да намири потраживање. *Mac Cormack*, 324.

увео верзиону тужбу а тек касније тужбу из пекулијума, није незамисливо да су у неком доцнијем тренутку оне спојене у истој формули.⁵⁷⁴

С обзиром на то да у Јустинијановој кодификацији постоје фрагменти који упућују како на самосталну примену *actio de peculio* и *actio de in rem verso*⁵⁷⁵, тако и на постојање јединствене тужбе са две различите кондемпнације⁵⁷⁶, могуће је да је у пракси заиста тако и било. Наиме, у ситуацији када је било извесно да не постоји пекулијум, поверилац је могао подићи само верзиону тужбу (*actio de in rem verso*) и, обратно, онде где није било користи за патерфамилијаса довољна је била примена тужбе из пекулијума (*actio de peculio*). Међутим, у случају када су постојали и корист и пекулијум, због чега у фази *in iure* није било јасно по ком основу патерфамилијас треба да одговара, вероватно је примењивана јединствена тужба са две различите кондемпнације (*actio de peculio vel/et de in rem verso*), при чему је судија требало да одлучи којом од њих ће основани тужиочев захтев бити у највећој мери задовољен.⁵⁷⁷

4.2. КОРИСТ (*VERSUM*)

У случају верзионе тужбе патерфамилијас одговара за корист коју је имао од правног посла који је склопило његово потчињено лице.⁵⁷⁸ Притом, он

⁵⁷⁴ *Buckland* сматра да се *actio de peculio* јавила пре тужбе *de in rem verso*. У почетку, *peculium* је обухватао само телесне ствари, а не и натуралне дугове које је патерфамилијас имао према потчињеном лицу, а који су се огледали у ослобођењу од уговорене обавезе. *Actio de peculio* примењивала се зато ограничено, само до вредности пекулијума који је укључивао искључиво телесне ствари. Уколико није било довољно средстава у пекулијуму, поверилац потчињеног лица није могао да (потпуно) намири своје потраживање. *Actio de in rem verso* настала је управо због тога што је омогућила утужење користи коју је патерфамилијас остварио тиме што није ослободио обавезе своје потчињено лице. Доцније, када се у пекулијум укључују и дугови патерфамилијаса према потчињеном лицу, смањује се значај верзионе тужбе. Вид. William Warwick Buckland, *Roman Law of Slavery*, Cambridge 2010, 184–185.

⁵⁷⁵ D. 15.2.1.10; D.15.3.18; D. 15.1.3.7; D.15.1.41; D.15.1.30.1; D.15.1.32; D. 3.5.13.; D. 38.5.1.22; D. 34.3.6; D. 46.4.11.1; C. 4. 26.12.

⁵⁷⁶ D.5.1.57; D.15.1.36; D.15.3.19; D.19.2.60.7; D.15.3.17.1.; D.18.4.2.12.; D.23.3.57.; D. 42.8.6.12; D.43.26.13; C.4.26.1.

⁵⁷⁷ T. Chiusi, 115–116.

⁵⁷⁸ *Tuhr* верзиону тужбу објашњава натуралним регресним захтевом сина или роба према патерфамилијасу. Стожер регресне теорије представља D.15.3.3.2, према којем се верзиона тужба

одговара без обзира на то да ли је знао за склапање правног посла, односно чак и ако је знао, без обзира на своју вољу. С обзиром на то да и у савременој одговорности за обогаћење тужени одговара за остварену корист, уочава се њена сличност са римском верзионом одговорношћу. Да ли је њихова сличност само површна или, пак, почива на истим принципима, установиће се уколико се размотри у чему се састојала корист патерфамилијаса због које је одговарао. Другим речима, треба одговорити на питање да ли се у верзионој одговорности римског права појам користи (*versum*) може изједначити са појмом обогаћења.

Корист се најчешће огледа у томе што је потчињено лице предузело посао који је патерфамилијас морао извршити (исплатило дуг који је имао патерфамилијас, купило неопходну ствар попут хране за породицу, извршило нужне поправке на кући и др.)⁵⁷⁹ Дакле, *versum* представља све што је за патерфамилијаса неопходно или за шта је дужан да се стара.⁵⁸⁰

Патерфамилијас може стећи корист непосредно и посредно. Непосредно стицање постоји уколико потчињено лице ствар коју је примило од повериоца непосредно употреби у корист патерфамилијаса (*id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit*)⁵⁸¹. То је случај када примљен новац уместо за потребе свог пекулијума употреби да би намирило дуг који патерфамилијас има према трећем лицу или када купљену пшеницу употреби за исхрану патерфамилијасовог домаћинства. Међутим, непосредно стицање користи постоји и у случајевима који представљају пословодство без налога, то јест уколико је потчињено лице посао предузело с намером да води посао који припада патерфамилијасу (*cum servus*

примењује када роб користи свој пекулијум да би увећао или спречио смањење патримонијума (*patrimonium*) свог господара. Претпоставка верзионе тужбе је, према томе, постојање пекулијума потчињеног лица и примењује се само онда када оно обавља посао за свог патерфамилијаса. Суштина регреса огледа се у ослобађању потчињеног лица од преузете обавезе. Вид. Andreas von Tuhr, *Die actio de in rem verso*, Freiburg-Leipzig 1895, 219. Tuhr-ова теорија основ верзионе тужбе види у обогаћењу патерфамилијаса. Супротно мишљење изражава *Niederländer*, који сматра да верзиона тужба не претпоставља постојање пекулијума те у њој не треба видети регресни захтев потчињеног лица према свом патерфамилијасу. За њену примену довољно је да је потчињено лице склопило правни посао на основу кога је остварена имовинска корист у патримонијуму његовог патерфамилијаса. Вид. H. *Niederländer*, 51.

⁵⁷⁹ Gaius, *Institutiones* (IV, 72a); Iustiniani *Institutiones* (IV, 7.4a)

⁵⁸⁰ T. Chiusi, 120.

⁵⁸¹ D.15.3.3.1.

domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit).⁵⁸² Такав пример је када потчињено лице узме зајам да би купило пшеницу која је неопходна за патерфамилијасово домаћинство или да би купило одећу за чланове његовог домаћинства. Разлика између прве и друге групе непосредног стицања огледа се у томе што је у првој потчињено лице склопило посао за сопствене потребе, али је примљену ствар на основу тог посла употребило не у сопствену већ у корист патерфамилијаса, док се у другој групи посао склапа у патерфамилијасовом интересу те од самог почетка постоји намера вођења туђег посла.

Посредно стицање користи постоји када је потчињено лице узело зајам за потребе свог пекулијума, након чега се позајмљена ствар неко време налазила у пекулијуму да би потом била употребљена у корист патерфамилијаса (*peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit*).⁵⁸³ Разлика између прве и треће групе огледа се у томе што је у првој примљена ствар директно употребљена у корист патерфамилијаса, због чега практично није ни ушла у пекулијум, док је у другој групи позајмљена ствар неко време чинила део пекулијума па је тек накнадно употребљена у патерфамилијасову корист. Разлика између друге и треће групе огледа се у томе што је у другој новац позајмљен да би се предузео патерфамилијасов посао, док је у трећој групи зајам узет за потребе пекулијума, али је касније употребљен за обављање патерфамилијасовог посла.

4.2.1. *VERSUM* У ВИДУ СТИЦАЊА НЕОПХОДНИХ СТВАРИ

Ако потчињено лице купи пшеницу неопходну за исхрану патерфамилијасовог домаћинства и ускладишти је код патерфамилијаса, сматраће се да је остварио корист чак и уколико се она поквари или изгори.⁵⁸⁴ Верзиона тужба се примењује и када роб купи роба који је био за патерфамилијаса неопходан па он умре или изврши радове да би осигурао његову грађевину од

⁵⁸² D.15.3.3.1.

⁵⁸³ D.15.3.3.1.

⁵⁸⁴ D. 15.3.3.7.

рушења па се она упркос томе сруши.⁵⁸⁵ Потом, ако роб узме новац на зајам да би купио одећу која представља неопходну ствар за патерфамилијасово домаћинство па новац пропадне, патерфамилијас такође одговара на основу верзионе тужбе.⁵⁸⁶ У случају када је потчињено лице купило неопходну ствар за патерфамилијаса или извршило неопходне радове који падају њему на дужност, сматра се да је патерфамилијас остварио корист чак и уколико ствар пропадне или радови не резултирају успехом.

Верзиона одговорност овде се приближава одговорности за пословодство без налога када господар посла одговара за нужне трошкове које је имао пословођа чак и уколико није остварио корист.⁵⁸⁷ Важно је истаћи да се у случају куповине неопходних ствари или предузимања неопходних радова не захтева сагласност патерфамилијаса и да ће он свакако одговарати због тога што је био дужан да их изврши.

Проблем настаје када се вредност купљене ствари разликује од износа купопродајне цене, па у том случају треба утврдити колико износи патерфамилијасова корист. Римски правници нису третирали на једнак начин ситуацију када је ствар купљена по цени која је нижа од објективне вредности ствари и обратну ситуацију, када је плаћено више од оног колико ствар објективно вреди. У првом случају узима се да *versum* одговара износу купопродајне цене, док се у другом случају сматра да је корист једнака објективној вредности ствари.⁵⁸⁸ Таква решења погодују патерфамилијасу, који између износа

⁵⁸⁵ D.15.3.3.8.

⁵⁸⁶ D.15.3.3.10. У овом случају се поставља питање ко има право на верзиону тужбу: зајмодавац или продавац одеће? Улпијан сматра да у случају да је купопродајна цена исплаћена, верзиону тужбу подиже зајмодавац, чак и да је купљена одећа пропала. С друге стране, уколико је одећа предата и расподељена међу члановима патерфамилијасовог домаћинства при чему позајмљени новац пропадне пре него што је цена исплаћена продавцу, зајмодавац такође има право на верзиону тужбу јер је новац позајмио са циљем да купи одећу. Међутим, верзиону тужбу може да подигне и продавац који је, пре него што му је исплаћена цена, предао одећу, при чему су и позајмљени новац и одећа пропали. Ово стога што је одећа доспела у патерфамилијасову имовину без обзира на то што је касније пропала. Како је одећа неопходна ствар, то и овде важи принцип да уколико потчињено лице купи такву ствар, сматра се да је патерфамилијас остварио корист чак и да је ствар доцније пропала.

⁵⁸⁷ D.3.5.9.1.

⁵⁸⁸ D.15.3.12.

објективне вредности ствари и уговорене цене увек одговара за онај који је мањи. Одступање од мерила стварног обogaћења патерфамилијаса постоји у првом случају када купљена ствар објективно више вреди од уговорене цене. Наиме, иако је стварно обogaћење патерфамилијаса онолико колико износи објективна вредност ствари, он ће одговарати само за износ уговорене цене која је нижа од објективне вредности ствари.

Од случајева када потчињено лице купује неопходне ствари за патерфамилијаса, треба разликовати случајеве када потчињено лице исплаћује обавезу коју је патерфамилијас сам засновао. Када син угаси обавезу која је теретила његовог оца који се тиме ослобађа обавезе, стечена корист се огледа у уштеди трошкова које би отац имао да је сам испунио своју обавезу.⁵⁸⁹

4.2.2. *VERSUM* У ВИДУ СТИЦАЊА СТВАРИ КОЈЕ НИСУ НЕОПХОДНЕ

За разлику од случајева у којима потчињено лице предузима послове неопходне за патерфамилијаса када он одговара на основу верзионе тужбе без обзира на своју сагласност у погледу предузетог посла, у случају стицања ствари које нису неопходне, патерфамилијас одговара једино ако се сагласио са њиховом стицањем, при чему се претпоставља да таква сагласност постоји уколико су конкретне ствари раније биле предмет патерфамилијасових трансакција.⁵⁹⁰ Ако је господар желео да стекне луксузне предмете, стожер његове одговорности је његова воља, а не стварна корист која у конкретном случају не мора ни да постоји.

Тако, ако роб узме зајам да би кућу свог господара украсио луксузним предметима, не сматра се да је тиме стекао корист изузев уколико декорисање није уследило по његовом налогу, односно на основу његове сагласности.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ D.15.3.10.

⁵⁹⁰ D.15.3.3.6.

⁵⁹¹ D.15.3.3.4. На основу израза *nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit* закључује се да се верзиона тужба примењује уколико је господар наложио предузимање посла или га је накнадно одобрио. Вид. Т. Chiusi, 151.

Изричито се каже да господара не треба оптеретити на основу нечега што сам не би предузео.⁵⁹² Ако нема места примени верзионе тужбе, поверилац (зајмодавац) има право да без оштећења куће узме и однесе луксузне предмете, при чему, уколико је то немогуће, господар не може бити приморан да прода кућу да би намирио повериоца.⁵⁹³

4.2.3. *VERSUM* У ОБЛИКУ ДАВАЊА МИРАЗА

Појам користи римски правници су разматрали и у контексту давања мираза. Најчешће би син *alieni iuris* узео новац на зајам да би обезбедио мираз за своју ћерку, на основу чега корист стиче патерфамилијас (ћеркин деда), којем припада обавеза давања мираза.⁵⁹⁴ Улпијан сматра да је патерфамилијас стекао корист једино уколико је син дао мираз с намером да обави посао свог оца.⁵⁹⁵ Субјективни елемент (намера) овде има функцију одређивања коме припада посао давања мираза.⁵⁹⁶ Наиме, *datio dotis* женским члановима фамилије није правна обавеза патерфамилијаса, те се неће увек сматрати његовим послом.⁵⁹⁷ Намера сина да обавља посао свога оца заснива се на претпоставци да је он био спреман да својој унуци дâ мираз. То што је речено за унуку важи за било ког женског члана фамилије.⁵⁹⁸ Такође, исто решење се примењује уколико је уместо сина новац на зајам узео роб да би њиме обезбедио мираз ћерки свог господара.⁵⁹⁹ Уколико, пак, отац (патерфамилијас) није хтео да учини мираз, неће се сматрати да је стекао корист тиме што је њему потчињено лице узело новац на зајам у

⁵⁹² *...nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset.*

⁵⁹³ D.15.3.3.4.

⁵⁹⁴ D.15.3.7.5.

⁵⁹⁵ D.15.3.7.5.

⁵⁹⁶ У Пауловим Сентенцама син узима зајам да би обезбедио мираз за своју сестру. Међутим, овде се не истиче његова намера да дела за свог патерфамилијаса. Отац одговара због тога што њему припада право повраћаја мираза уколико ћерка умре у току трајања брака. Вид. Paulus, *Sententiae* (II, 9. 2)

⁵⁹⁷ Вид. Т. Chiusi, 154–155.

⁵⁹⁸ D.15.3.8.

⁵⁹⁹ D.15.3.8.

сврху давања мираза.⁶⁰⁰ Ако је потчињено лице поседовало пекулијум, зајмодавац ће моћи да подигне једино тужбу из пекулијума (*actio de peculio*).⁶⁰¹

Осим случајева у којима је патерфамилијас одговарао због тога што је потчињено лице узело новац на зајам ради давања мираза неком од женских чланова фамилије, верзиона тужба се могла применити и у околностима у којима је жена у сврху свог издржавања узела новац на зајам од свог мужа.⁶⁰² Наиме, отац (патерфамилијас) је у форми стипулације обећао мужу своје ћерке да ће му дати мираз, при чему су се споразумели да ће жену издржавати или њен отац или она сама.⁶⁰³ Жена је, међутим, у сврху свог издржавања узела од мужа новац на зајам и у међувремену је умрла. Како њен отац није платио мужу накнаду износа које је жена утрошила за своје издржавање, муж има право да против оца подигне *actio de in rem verso utilis*.⁶⁰⁴

4.3. СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ВЕРЗИОНЕ И ОДГОВОРНОСТИ ИЗ ОБОГАЋЕЊА

Основна сличност између верзионе и одговорности за обогаћење огледа се у томе што се у оба случаја санкционише корист остварена на туђ рачун. Верзиона одговорност римског права настала је у условима робовласничког начина привређивања, у којем је правну и пословну способност у пуном обиму поседовао једино патерфамилијас. Непостојање директног заступања и правило да само својевласно лице поседује имовину довело је до неправичних решења јер је

⁶⁰⁰ D.15.3.9.

⁶⁰¹ Вид. Т. Chiusi, 155.

⁶⁰² D.15.3.20.

⁶⁰³ Да ли је део обећања о давању мираза чинило издржавање ћерке и да ли је жени њен отац доделио пекулијум, у тексту се не може са сигурношћу утврдити. Пошто се употребљава израз *convenit inter omnes personas*, могуће је да је обавеза издржавања ћерке била установљена додатним пактом (*pactum adiectum*). Вид. Т. Chiusi, 157.

⁶⁰⁴ На питање због чега Сцевола додељује *utilis* тужбу дати су различити одговори у литератури од византијског до данашњег доба. Вид. S. Solazzi, „Peculio e „in rem verso” nel diritto classico”, *Scritti di diritto romano I (1899–1913)*, Napoli 1955, 260–264. Solazzi се слаже са Tuhr-овим мишљењем да је у питању *utilis* тужба зато што ћерка (*filia*) не поседује пекулијум (*peculium*). Вид. A. von Tuhr, 255; S. Solazzi (1955), 264–266.

патерфамилијас убирао користи из трансакција које су предузела његова потчињена лица, али није одговарао за обавезе настале тим поводом. Верзиона одговорност санкционише имовинску корист коју је патерфамилијас стекао радњом потчињеног лица. Та корист је остварена на терет трећег лица с којим је патерфамилијасов син или роб склопио посао. Међутим, такво стицање користи од породичног старешине није неосновано с обзиром на правило да све што потчињена лица стекну припада њиховом патерфамилијасу. Па ипак, решење да отац породице стиче корист али не одговара за послове потчињених лица не само да је неправично већ представља и сметњу економском промету у којем је важно успоставити начелну сигурност извршења преузетих обавеза. Увођење одговорности патерфамилијаса за контрактне обавезе својих потчињених лица представљало је гаранцију да ће се преузете обавезе поштовати, без обзира на то што (барем) један контрахент не поседује имовину. За разлику од верзионе одговорности, када отац породице одговара због потребе одвијања несметаног тржишног промета а не због неоснованог стицања користи, битан елемент савременог института неоснованог обогаћења управо је неоснованост остварене користи на туђ рачун. Тај институт је спојио елементе кондикционе и верзионе одговорности тако што је од прве преузео концепт неоснованог стицања (*sine causa*), а од друге елемент имовинске користи (*versum*). Тако, неосновано обогаћење постоји онда када је корист неосновано стечена на туђ рачун.

Верзиона одговорност најчешће настаје када потчињено лице обави посао који је патерфамилијас био дужан да изврши (на пример, купи жито за исхрану патерфамилијасовог домаћинства). У том случају *versum* се огледа у уштеди нужних трошкова, па је патерфамилијас одговоран повериоцу за целокупан износ обавезе коју је преузело потчињено лице (исплату цене из купопродаје).⁶⁰⁵ Притом, пропаст неопходне ствари нема утицаја на верзиону одговорност. Битно је да је ствар претходно доспела у патримонијум (*patrimonium*)

⁶⁰⁵ D.15.3.3.3; D.15.3.3.8. и D.15.3.7.3. Сцевола је сматрао да ће малолетник бити одговоран у случају да је примљени новац потрошио купујући неопходну ствар па се његово обогаћење огледа у томе што није постао „сиромашнији” за купопродајну цену (D.46.3.47.1).

патерфамилијаса.⁶⁰⁶ Уштеду нужних трошкова представља и исплата већ постојећег патерфамилијасовог дуга. Патерфамилијас нема обавезу накнаде осталих трошкова, изузев уколико се сагласио са њиховим чињењем.⁶⁰⁷ У савременом праву обогаћење се може огледати и у уштеди трошкова. Најчешће је то ситуација када је тужилац извршио радњу (исплатио тужеников дуг, давао издржавање тужениковом детету и др.) коју је тужени иначе био дужан да изврши а нема услова за примену пословодства без налога. Уколико је реч о нужним трошковима, обим одговорности обогаћеног такође има непромењен износ и одговара висини нужних трошкова. Обим накнаде корисних трошкова зависи од савесности туженог и углавном се процењује према постојању користи у тренутку подизања реституторног захтева.

У савременом праву обим одговорности из неоснованог обогаћења подлеже правилу двоструког ограничења: осиромашени не може захтевати више од износа свог осиромашења као што ни обогаћени не може бити обавезан да врати више од износа свог обогаћења. Утврђивање висине користи за коју патерфамилијас одговара такође подлеже двоструком ограничењу. Тако, у ситуацији када се уговорена цена и објективна вредност ствари разликују, патерфамилијас одговара за мањи износ.⁶⁰⁸

Уз извесне сличности, између верзионе и одговорности из обогаћења постоје разлике. Основна разлика потиче из чињенице да је верзиона одговорност настала у робовласничком друштву у којем је патерфамилијас био суверен у односу на остале чланове своје породице и који је једини био овлашћен да склапа правне послове. У условима ширења тржишта и развоја робноовчаног промета

⁶⁰⁶ Према фрагменту D.15.3.3.7, уколико роб купи жито да би се прехранило патерфамилијасово домаћинство и оно буде ускладиштено у господаревом амбару, сматра се да је патерфамилијас стекао корист иако је жито у међувремену изгорело или се покварило. Пропаст ствари сноси патерфамилијас тек када се она нађе у његовом патримонијуму. Уколико жито пропадне пре него што буде ускладиштено код патерфамилијаса, он се ослобађа одговорности.

⁶⁰⁷ D.15.3.3.4.

⁶⁰⁸ Према фрагменту D.15.3.12, уколико роб или син купи земљиште за патерфамилијаса, при чему плати већу купопродајну цену од вредности ствари, сматра се да је патерфамилијас остварио корист која одговара објективној вредности купљене ствари. С друге стране, ако је уговорена нижа цена од објективне вредности ствари, патерфамилијас одговара за мањи износ, то јест за уговорену цену.

отац породице није више био кадар да сам обавља све послове, већ се морао ослањати на чланове своје фамилије. Пошто није постојало директно заступање, његови ефекти су се морали постићи заобилазним путем. Правило да патерфамилијасу припадају користи које остваре његови укућани добило је противтежу у верзионој одговорности. Савремена одговорност из обогаћења остварује се у битно другачијим социјално-економским условима, у којима не постоје ограничења која су владала у римској фамилији. Услед могућности директног заступања отпали су основни разлози због којих је установљена верзиона одговорност. Па ипак, основна идеја која прожима овај институт – санкционисање користи која је остварена на туђ рачун, наставила је да постоји у савременом институту неоснованог обогаћења, у којем се даље развија.

Појам користи у верзионој одговорности римског права не може се изједначити са обогаћењем савременог института неоснованог обогаћења. Појам обогаћења шири је од појма користи (*versum*) јер обухвата неосновано увећање имовине или изостанак њеног смањења до кога долази на било који начин (радњом осиромашеног, радњом обогаћеног, радњом трећег лица, природним догађајем). С друге стране, *versum* као битан елемент верзионе одговорности настаје делатношћу потчињеног лица које се у односу обогаћени–осиромашени сматра трећим лицем. Патерфамилијас одговара због тога што је остварио корист на терет лица с којим је потчињено лице склопило посао.

Разлика између верзионе и савремене одговорности из обогаћења постоји и у погледу временског тренутка према којем се процењује корист. Код верзионе тужбе узима се у обзир тренутак када је корист доспела у имовину (*patrimonium*) патерфамилијаса. Ако корист једном доспе у његов патримонијум, он је одговоран повериоцу, без обзира на то да ли она постоји и у време када је тужба подигнута. У изворима се не разматра нестанак користи (*versum*), а сходно томе ни ослобођење од одговорности оца породице. Он одговара за оно што је стекао, при чему се код нужних трошкова узима да је патерфамилијас остварио корист у тренутку када је почињено лице извршило трансакцију.⁶⁰⁹

⁶⁰⁹ D.15.3.19.

У одређивању савремене одговорности за обogaћење прави се разлика на основу тога да ли је обogaћени савесно лице. Уколико јесте, обим његовог обogaћења утврђује се према тренутку покретања поступка за повраћај обogaћења. Несавесно лице одговара за обogaћење у обиму који постоји у тренутку стицања, односно тренутку када је постало несавесно.

4.4. ВЕРЗИОНА ТУЖБА ОД ПОЗНОРИМСКОГ ДО САВРЕМЕНОГ ПРАВА

У потоњим епохама *actio de in rem verso* доживела је промене које су биле условљене најпре слабљењем, а потом и укидањем робовласништва. У почетку се није дирало у тространу структуру верзионе тужбе већ је њена примена само проширена на лице које посао предузима у корист другог. Међутим, временом се више није захтевао тространи однос већ је за примену верзионе тужбе било довољно да је једна страна остварила корист на терет друге која се због непостојања ваљаног правног основа није могла задржати.

Проширење примене верзионе тужбе у римском праву настало је услед једне Диоклецијанове конституције (С.4.26.7.3).⁶¹⁰ Према њој, *actio de in rem verso* може се употребити и ако је уговор из којег је тужени имао користи тужилац закључио са слободним лицем које је делало као пословођа без налога (*negotiorum gestor*) туженог.

⁶¹⁰ Felix Mendelson, *Die actio de in rem verso utilis im römischen Rechte*, Breslau 1904, 21–26.

4.4.1. ВЕРЗИОНА ТУЖБА У ОПШТЕМ ПРАВУ (*IUS COMMUNE*)

У области примене верзионе тужбе глосатори и коментатори нису остварили значајнији помак. Запажен развој верзионе тужбе јавља се тек у XVII и XVIII веку. Ослањајући се на наведену Диоклецијанову конституцију, почетком XVII века *actio de in rem verso* примењивала се без обзира на то да ли је лице са којим је тужилац закључио уговор у зависном положају према туженом или је слободно лице које води његове послове. Тужба која се темељила на уговору слободних лица називала се *actio de in rem verso utilis*.⁶¹¹ Како је *versio in rem* настала услед вођења послова туженог, елемент који је условљавао примену верзионе тужбе био је *contrahere in utilitatem alterius* – склапање уговора у корист другог.⁶¹² Када је усвојен принцип директног заступања, примена верзионе тужбе сужена је на ситуације када је заступник прекорачио пуномоћје или га није имао, или када из других разлога није могао да обавезе лице којем је припала корист из закљученог уговора. Дешавало се да се у тим случајевима није могло доказати да је лице са којим је тужилац закључио уговор водило послове туженог, па се одустало од захтева да је то лице делало као заступник или пословођа без налога туженог (*negotiorum gestor*).⁶¹³ Тако се дошло до тога да је за примену верзионе тужбе довољно да постоји *alienus contractus* – уговор тужиоца са трећим лицем и *versio in rem* – да је тужени из тог уговора стекао корист.⁶¹⁴ Временом су се у општем праву (*ius commune*) јавили случајеви такозване нетехничке верзије (*untechnische versio in rem*), који су са типичним, тространим случајевима верзије

⁶¹¹ Природноправним оживљавањем Помпонијевог начела да се нико не може обогатити на штету другог, правници су почели да истичу да је оно циљ тужбе *de in rem verso*. Тај исти циљ дозвољавао је примену тужбе и на случајеве у којима је особа која је закључила уговор са тужиоцем својевласна особа (*sui iuris*). *Quumque ratio huius edicti in ipsa aequitate fundamentum reperiatur: merito utilis actio de in rem verso datur, quando ex contractu negotiorum gestor, qui sui iuris est, aliquid in rem domini versum est.* Heineccius §191, нав. према В. Kupisch, *Die Versionsklage*, Heidelberg 1965, 17.

⁶¹² В. Kupisch (1965), 20.

⁶¹³ *Ibid.*, 21.

⁶¹⁴ Ј. Даниловић, „Actio de in rem verso од римског права до аустријског ОГЗ”, *Анали ПФБ*, 2/1968, 252.

имали заједничко то што је тужилац морао да докаже да је тужени имао корист.⁶¹⁵ Као пример нетехничке верзије наводи се уговор са пословно неспособним лицем.⁶¹⁶ Разлика између типичних верзионих и случајева нетехничке верзије огледа се у томе што је у првим уговор склопио тужилац са трећим лицем, док је у другим уговор закључен између тужиоца и туженог. У другој половини XVIII века изједначени су нетехнички и типични верзиони случајеви тиме што је и у првим, уместо тужбе из закљученог уговора, за вредност верзије додељивана тужба *de in rem verso*. Дотадашња формулација верзионе тужбе која је претпостављала корист насталу из туђег уговора (*versio in rem ex contractu alterius*) није више била одржива. Отуда је, укључивањем случајева нетехничке верзије у поље примене верзионе тужбе, постављен само један захтев – да постоји корист прибављена на рачун тужиоца.⁶¹⁷ Верзиона тужба се показала као веома флексибилна јер се могла применити у свим случајевима када је тужени остварио корист, због чега је постала примарно средство за спречавање правно неоснованог обогаћења у немачким земљама у XVIII веку. Остварена корист представља битан елемент савременог института правно неоснованог обогаћења, због чега се *actio de in rem verso* сматра његовом претечом.

Формулација коју је добила *versio in rem* на прелазу из XVIII у XIX век у општем праву могла је бити искоришћена за стварање опште тужбе из неоснованог обогаћења. Међутим, доношење великих грађанских кодификација карактерише нејединствено регулисање верзионе тужбе. Наиме, она је у облику у којем се развила у општем праву (*ius commune*) наставила да постоји у Пруском и Аустријском грађанском законнику, док је Француски грађански законик уопште није прописао већ је она уведена одлуком Касационог суда у спору *Boudier* из 1892. године. Немачки грађански законик такође не прописује верзиону тужбу.

⁶¹⁵ В. Kupisch (1965), 38.

⁶¹⁶ Писац из тог периода S. Struyk каже да је уговор закључен са малолетником ништав све док поверилац не докаже верзију односно обогаћење дужника – *Contractus itaque cum pupillo initus tam diu erit nullus, usque dum creditor versionem in rem, sive hunc exinde factum esse locupletioem, probaverit, Continuatio – usus modernus pandectarum, D.12.1.§17, нав. према В. Kupisch (1965), 38. На исти начин се третирају и случајеви када лицу из других разлога а не због малолетности недостаје пословна способност.*

⁶¹⁷ *Ibid.*, 40.

Новина коју је он увео била је посебно прописан институт правно неоснованог обogaћења у оквиру којег је чланом 812 предвиђена општа тужба из неоснованог обogaћења. Она је формулисана тако да у свом првом делу прописује исплату недугованог, а у другом делу остале случајеве правно неоснованог обogaћења, у које се сврставају и верзиони случајеви.

4.4.2. ВЕРЗИОНА ТУЖБА У ПРУСКОМ И АУСТРИЈСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

Опште право (*ius commune*) представљало је основу Пруског грађанског законика из 1794. године (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten – ALR*) и Аустријског грађанског законика из 1811. године (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*). Оба кодекса прописују верзиону тужбу (тзв. тужбу из корисне употребе – *Klage aus nützlicher Verwendung*), која садржи карактеристике које је током развоја стекла у општем праву.

Пруска верзиона тужба самостално⁶¹⁸ је прописана у I делу 13. наслова – *Von Erwerbung des Eigentums der Sachen und Rechte durch einen Dritten* – „О стицању својине на стварима и правима путем трећег”, у последњем одељку – *Von nützlichen Verwendungen* – „О корисној употреби”, у чл. 262–280. Основно правило о верзионој тужби предвиђено је у чл. 262: *Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines anderen verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur oder für den Wert die Vergütung zu fordern berechtigt.* – „Онај из чије имовине је нешто употребљено у корист другог има право да захтева повраћај ствари или накнаду вредности.” Ако је употребљена ствар још увек у имовини туженог, тужилац може само да захтева повраћај ствари.⁶¹⁹ Међутим, ако се ствар више не налази у имовини туженог, он је обавезан да надокнади вредност ствари под условом да је од ње заиста имао користи.⁶²⁰ Када је тужени имао пуну

⁶¹⁸ Иза уговора о пуномоћју и пословодства без налога.

⁶¹⁹ Чл. 263 ALR: „Уколико дата ствар још увек стварно постоји у имовини другога, онда се давалац мора задовољити њеним повраћајем онакве каква јесте.”

⁶²⁰ Чл. 264 ALR: „Ако ствар више не постоји, онда други јамчи за вредност само утолико уколико је стварно употребљена у његову корист.”

пословну способност, претпостављало се да је остварио корист употребом примљене ствари⁶²¹, међутим, могао је да докаже да је ствар случајно пропала пре него што је остварио корист од ње. Једино тако је могао да буде ослобођен обавезе накнаде вредности ствари.⁶²² Да би постојала обавеза накнаде, није било неопходно да корист постоји у време подизања тужбе.⁶²³ Другим речима, пословно способна лица одговарала су и онда када је постигнута корист доцније нестала. Тужба обухвата и случајеве када је корист непосредно настала за туженог и случајеве када је она настала посредно (путем трећег лица).⁶²⁴ Као и у општем праву, пруска верзиона тужба могла је бити подигнута против лица која су била ограничено пословно способна.⁶²⁵ У том случају, ако ствар није могуће у натури вратити, тужилац може добити накнаду вредности само уколико докаже да је њеном употребом тужени остварио корист.⁶²⁶ За разлику од потпуно пословно способних лица, за која се претпоставља да су употребом ствари остварила корист, уколико се као тужени појављује лице која није имало пуну пословну способност, тужилац је морао да докаже да је оно заиста корисно употребило ствар. Исто тако, за разлику од потпуно пословно способних, тужени који није имао пуну пословну способност морао је да поседује корист у време подизања тужбе.⁶²⁷ Пруска верзиона тужба примењивана је супсидијерно – само онда када тужени није могао бити уговорно одговоран према тужиоцу.⁶²⁸

⁶²¹ Чл. 265 ALR: „Оно што је неко ко слободно може да располаже својом имовином преузео у новцу или вредности новца треба сматрати без даљег доказа корисно употребљеним.”

⁶²² Чл. 266 ALR: „Ако се, међутим, покаже да је оно што је преузето случајно пропало пре него што је прималац из тога извукао стварну корист: онда не постоји обавеза накнаде на основу пуког преузимања.”

⁶²³ Чл. 273 ALR: „По правилу је довољно да се обавеза на накнаду оправда тиме да је побољшање услед употребе једном остварено иако је доцније поново било изгубљено.”

⁶²⁴ Чл. 267 ALR.

⁶²⁵ Чл. 267 ALR.

⁶²⁶ Чл. 267 ALR: „Ако онај у чију корист нешто треба да буде примљено није ствар сам преузео или је он такав кога закони ограничавају у располагању својом имовином: онда се, ако се тражи надокнада за ствар која више не постоји мора доказати стварна употреба.”

⁶²⁷ Чл. 274 ALR: „Пословно неспособно лице може бити обавезано на накнаду само уколико се у време подизања тужбе још увек налази у поседу остварене користи.”

⁶²⁸ Чл. 277 ALR: „Све што је прописано за корисну употребу важи само у случају да између страна не постоји важећи уговор.”

ABGB верзиону тужбу прописује у чл. 1041: *Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines andern verwendet worden ist; kann der Eigentümer sie in Natur, oder, wenn dies nicht mehr geschehen kann, den Wert verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.* – „Ако је без деловодства каква ствар на туђу корист употребљена, онда је власник може у природи натраг захтевати или, ако се ово не може више учинити, тражити вредност, коју је она имала у време кад је била употребљена, ма да је корист од те употребе доцније осујећена.”⁶²⁹

У односу на римску *actio de in rem verso*, пруска и аустријска се квалитативно разликују. Римска *actio de in rem verso* тицала се тространог односа (патерфамилијас – тужени, његово потчињено лице (средња особа) и лице које је са потчињеним лицем закључило уговор – тужилац). Верзиона тужба како пруског, тако и аустријског права, осим на тространи однос, примењивала се и на случајеве такозване нетехничке верзије која је подразумевала да је тужени непосредно стекао корист, без посредовања трећег лица. Предмет римске тужбе била је дугована чинидба потчињеног лица предвиђена уговором између потчињеног лица и тужиоца, ограничена на износ користи патерфамилијаса. Предмет пруске и аустријске тужбе био је повраћај ствари чијом употребом је остварена корист за туженог, односно њена новчана вредност.

Actio de in rem verso аустријског права тумачена је у аустријској доктрини различито, што је проистекло из формулације чл. 1041, на основу које је она изричито доведена у везу са пословодством. У старијој литератури *actio de in rem verso* представља допуну института *negotiorum gestio*, због чега је учињено много напора да се разграниче верзиона и одговорност из пословодства без налога.⁶³⁰ У прилог старијем схватању истиче се систематика ABGB, на основу које је

⁶²⁹ Превод Драгољуб Аранђеловић, *Аустријски грађански законик*, Београд 1906, 136.

⁶³⁰ Израз *ohne Geschäftsführung* – „без деловодства (пословодства)” из чл. 1041. ABGB тумачи се тако да је законодавац према верзионој тужби имао повољнији став него према институту *negotiorum gestio*. Наиме, сматра се да у случају верзије није дошло до задирања у туђу слободу делања на начин на који је то учињено у пословодству без налога. Такво схватање старије литературе потиче од чињенице да ABGB суштински има неодобравајући став према пословодству без налога јер је суштина овог института задирање у слободу воље и слободу делања господара посла, што је са становишта Кантовог учења на које се *Zeiller* ослањао било неприхватљиво. В. Kupisch (1965), 103–104.

верзиона тужба прописана у оквиру 22. главе ABGB која носи назив „О опуномоћавању и другим врстама деловодства”.⁶³¹ Новија доктрина верзиону тужбу строго раздваја од пословодства без налога и заснива је на обогаћењу без основа.⁶³² Лице у чију корист је употребљена туђа ствар дужно је да врати ту ствар или надокнади њену вредност, без обзира на начин на који је дошло до верзије (употребом обогаћеног, осиромашеног или трећег лица). Притом, обавеза обогаћеног постоји без обзира на то да ли корист постоји и у тренутку подизања тужбе.⁶³³

4.4.3. НЕПОСТОЈАЊЕ ВЕРЗИОНЕ ТУЖБЕ У НЕМАЧКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

Почетком XIX века под утицајем Савињијевог (*Savigny*) учења долази до продора једног другачијег погледа на развој и суштину права, у којем је утемељена немачка историјскоправна школа. Под утицајем њених идеја ствара се такозвана пандектна правна наука, а круну њеног рада представља Немачки грађански законик из 1900. године. Заокрет у поимању права имао је за последицу враћање изворима римског права, што је значило обеснажење дотадашњег приступа римском праву који је започео још радом коментатора у XIII веку и чија је карактеристика пре свега било удаљавање од обраде изворних римских текстова. Започевши догматску обраду извора, пандектисти су примену тужбе *de in rem verso* признавали само у тространом односу, као што су то чинили и стари Римљани. Па ипак, творци BGB нису прописали верзиону тужбу.⁶³⁴ Они су били склони да, у случајевима у којима је лице које није имало (важеће) пуномоћје, а које је у туђе име склопило посао са трећим лицем услед чега је повећана имовина

⁶³¹ *Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung*

⁶³² Michael Schwimann, *ABGB Praxiskommentar Band 4 §§ 859–1089 ABGB WucherG, UN-Kaufrecht*, (3. Auflage), Wien 2006, 1057–1058.

⁶³³ Чл. 1041 ABGB.

⁶³⁴ В. Kupisch (1965), 116; Т, Chiusi, 208. Постоји мишљење да BGB у чл. 816, ст. 1 и чл. 822 ипак садржи верзиону тужбу. F. Giglio, 139–140.

оног у чије је име склопљен посао, доделе кондикцију *sine causa*.⁶³⁵ Таквим решењем творци BGB су се удаљили и од римске тужбе *de in rem verso*, која је пандектистима била узор, и од верзионе тужбе општег права.

4.4.4. ВЕРЗИОНА ТУЖБА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ

Француски аутори у средњем веку нису се занимали за верзиону тужбу.⁶³⁶ Наиме, иако је у општем праву (*ius commune*) била развијена *actio de in rem verso utilis*, Faber и Cujas одбили су да је примењују.⁶³⁷ Pothier није показао интересовање за формулисање опште теорије обогаћења, већ је као једини случај обогаћења признао кондикцију *indebiti*.⁶³⁸ Ослањајући се на његово учење Француски грађански законик није прописао верзиону тужбу, док је од кондикција прописао само кондикцију *indebiti* (чл. 1376–1381). Након доношења Француског грађанског законика завладало је учење школе егзегезе која је случајеве правно неоснованог обогаћења настојала да реши применом правила или о пословодству без налога⁶³⁹ (чл. 1375) или о одговорности за штету (чл. 1382) због тога што се задржавање неосновано стечене имовинске вредности сматрало правно недозвољеном радњом.⁶⁴⁰

Непостојање опште тужбе из неоснованог обогаћења у Француском грађанском законнику оставило је празнину која је током XIX века причињавала тешкоће судској пракси. Чувеним одлуком Касационог суда у спору *Boudier* од 15. јуна 1892. године у француско право уведена је општа тужба из неоснованог

⁶³⁵ В. Kupisch(1965), 116.

⁶³⁶ R. Zimmermann, 883.

⁶³⁷ Cujas је био склон да уместо тужбе *de in rem verso utilis* додели тужбу сличну тужби из пословодства без налога (*actio negotiorum gestorum contraria utilis*). Т. Chiusi, 194.

⁶³⁸ *Ibid.*, 194.

⁶³⁹ Још је у посткласичном римском праву настала објективна концепција пословодства без налога према којој се није захтевала воља пословође да дела у интересу господара посла (*animus aliena negotia gerendi*). Отуда су се правила о пословодству примењивала и на случајеве када је пословођа погрешно веровао да је реч о његовом послу или када је свесно делао у свом интересу.

⁶⁴⁰ Т. Chiusi, 194.

обогаћења под називом *actio de in rem verso*.⁶⁴¹ Подстицај за њено увођење приписује се Обрију и Роу (*Aubry et Rau*) који су, пристајући уз субјективну концепцију пословодства без налога,⁶⁴² истакли да се у случајевима када је пословођа делао у свом интересу или је био у заблуди да је реч о његовом послу не примењује тужба из пословодства без налога (*actio negotiorum gestorum contraria*) већ верзиона тужба (*actio de in rem verso*).⁶⁴³ За примену пословодства без налога потребно је да постоји субјективни елемент (*animus aliena negotia gerendi*).⁶⁴⁴ Довољно је да је пословођа предузео делатност која је иницијално била корисна за господара посла (*utiliter coeptum*), без обзира на то да ли је након окончања посла заиста наступила очекивана корист. Уколико једно лице предузима туђ посао у сопственом интересу или у заблуди да обавља свој посао, не примењује се тужба из пословодства (*actio negotiorum gestorum contraria*) већ верзиона тужба (*actio de in rem verso*) која је за разлику од прве усмерена на повраћај остварене користи (*utiliter gestum*). Међутим, требало је да прође двадесетак година од четвртог издања њиховог *Cours de droit civil francais* из 1871. године да би француска судска пракса у спору *Boudier* признала општу тужбу из обогаћења под називом *actio de in rem verso*. Образлажући своју одлуку у том спору, Касациони суд је истакао да тужба *de in rem verso* „потиче из принципа правичности који забрањује обогаћење једног лица на рачун другог”.⁶⁴⁵ Осим тога, он је изрекао и то да, „будући да ова тужба није регулисана ниједним текстом закона, за њену примену не захтева се ниједан одређен услов, већ је

⁶⁴¹ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2009, 1059

⁶⁴² На основу Француског грађанског законика (чл. 1375) није било јасно да ли је прописана субјективна или објективна концепција пословодства без налога. Већина аутора XIX века сматрала је да је реч о објективној концепцији пословодства без налога. Такође, француска судска пракса примењивала је тужбу из пословодства и у случајевима у којима није постојао субјективни елемент (*animus aliena negotia gerendi*). Аутори који су се одвојили од такве тенденције били су Обри и Ро (*Aubry et Rau*), који су први почели да разликују тужбу из обогаћења од тужбе из пословодства без налога. Вид. P. Gallo (1990), 123.

⁶⁴³ *Ibid.*, 124–125.

⁶⁴⁴ На тај начин се тужба из пословодства без налога вратила у оквире које је имала у класичном римском праву.

⁶⁴⁵ Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil, Obligations – Contrat et quasi-contrat régime général (2^e édition)*, Paris, 632.

довољно да се онај који тужи позове на постојање користи, коју би могао доказати, а коју је он сам обезбедио ономе кога тужи, својим пожртвовањем или личним залагањем”.⁶⁴⁶ На основу те одлуке Касационог суда за примену верзионе тужбе било је довољно да се докаже само то да постоје осиромашење тужиоца, обогаћење туженог и корелативна веза између осиромашења и обогаћења. Широка формулација те тужбе оставила је простора многим злоупотребама на основу којих су се могла изиграти бројна законска правила.⁶⁴⁷

Касациони суд је увидео ту опасност па је четврт века касније (1914. године) за примену верзионе тужбе додао још два услова: непостојање правног основа и супсидијерност тужбе.⁶⁴⁸ Верзиона тужба могла се применити само уколико је пренос имовине био правно неоснован и ако не постоје друга правна средства која би се могла применити у датом случају. Интересантно је да су све те услове раније већ формулисали Обри и Ро, али су они су постали примењиви у пракси тек када их је потврдио Касациони суд.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Уколико је склопљен уговор који је неповољан за једну страну, при чему нису испуњени услови за примену института прекомерног оштећења, оштећена страна би применом верзионе тужбе издејствовала повраћај обогаћења друге уговорне стране које је основано будући да уговор остаје на снази јер нееквивалентност престација не прелази утврђену границу потребну за поништење уговора на основу лезије. Тиме би правила о прекомерном оштећењу била изиграна. Исто тако уколико би се дозволило да поверилац застарелог потраживања примени верзиону тужбу на основу које би се позвао на обогаћење дужника услед неизвршења обавезе, била би изиграна законска правила о застарелости. Вид. В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 633.

⁶⁴⁸ Према новој формулацији „тужба *de in rem verso* која је заснована на принципу правичности, и која забрањује обогаћење једног лица на рачун другог, требало би да буде примењена у свим случајевима у којима се имовина једног лица, без правног основа, увећа на терет имовине другог лица, које, да би повратило дату суму, не може користити ниједну другу тужбу, која би проистичала из уговора, квазиконтракта, деликта или квазиделикта”. *Ibid.*

⁶⁴⁹ Први значајан корак ка стварању опште теорије обогаћења у Француској учинио је *Karl Salomo Zachariä*, који је своје учење изнео у приручнику француског грађанског права. У првом издању свога приручника из 1808. године *Zachariä* је анализирао неколико чланова Француског грађанског законика (чл. 548, 554, 566) и закључио да се у њима говори о обавези која проистиче „из употребе наше имовине у корист другог (*ex versione in rem*)”. Сам *Zachariä* је истакао да, упркос томе што Наполеонов кодекс нигде уопштено не разматра верзиону тужбу, на основу појединих његових чланова може се закључити да је *actio de in rem verso* римског односно општег права прилагођена духу француског права. *Aubry et Rau* под утицајем његових схватања створили теорију о тужби *de in rem verso* као општој тужби из обогаћења без основа. Вид. Т. Chiusi, 195–196; В. Kupisch (1965), 121.

**ПЕТИ ДЕО: ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ У
УПОРЕДНОМ ПРАВУ**

5.1. ОСНОВНИ МОДЕЛИ РЕГУЛИСАЊА ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

У упоредном праву, правни пореци се разликују према томе да ли је неосновано обogaћење законски регулисано или није. Пореци који не садрже кодификована правила неоснованог обogaћења деле се у две групе. Првој припадају нордијски пореци који одбацују потребу прописивања правила о спречавању неоснованог обogaћења која би садржала критеријуме на основу којих би се у конкретном случају утврђивала основаност реституције. Уместо тога, суду се оставља широка могућност да сам процењује потребу и постојање санкционисања неоснованог обogaћења у датом случају.⁶⁵⁰ Другој групи припада англосаксонско право које има читав низ разноврсних правних средстава која су, по правилу, настајала прецедентним путем и која се одликују сопственим претпоставкама и последицама примене, а повезује их исто начело које се огледа у забрани неоснованог обogaћења. Управо због тога се последњих деценија настоји да се сва она обједине у посебну целину под називом право реституције (*Law of Restitution*).

Пореци који познају кодификована правила о неоснованом обogaћењу могу се разврстати у два типа. Први карактерише постојање генералне клаузуле (опште тужбе) о забрани неоснованог обogaћења која се налази на почетку правила о неоснованом обogaћењу и која је праћена прописивањем неких случајева неоснованог обogaћења који се сматрају само њеном конкретизацијом. Том типу припада: немачко, швајцарско, португалско и грчко право.⁶⁵¹

Други тип одликује прописивање посебних врста неоснованог обogaћења са себи својственим претпоставкама (на пример, заблуда исплатиоца код исплате недугованог) које важе само за ту врсту неоснованог обogaћења. Осим тога,

⁶⁵⁰ *Principles of European Law, Study Group on European Civil Code, Unjustified Enrichment – PEL Unj. Enr.* (prepared by Christian von Bar – Stephen Swann), Munich 2010, 112–114.

⁶⁵¹ Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Band 1, Tübingen 2000, 72.

постоји и законски предвиђена (аустријско⁶⁵², српско, италијанско, холандско право) или судским путем уведена (француско право) општа тужба која се примењује на остале случајеве неоснованог обогаћења који нису посебно прописани и која стога има допуњујућу функцију.⁶⁵³

Општа тужба из неоснованог обогаћења било да је реч о порецима првог, било другог типа по правилу је дефинисана широко, због чега се претпоставке њене примене уобличавају доктринарним и судским путем.⁶⁵⁴

5.2 ФРАНЦУСКО ПРАВО

Француски грађански законик из 1804. године не познаје јединствени институт правно неоснованог обогаћења као самосталан извор облигација. Насупрот томе, у њему су прописани поједини случајеви неоснованог обогаћења, од којих је најважнији исплата недугованог (чл. 1376–1381) која је, као и пословодство без налога (чл. 1372–1375)⁶⁵⁵, сврстана у квазиконтракте.

⁶⁵² Аустријско право је специфично због тога што је карактер опште тужбе из неоснованог обогаћења накнадно стекла тужба из корисне употребе (чл. 1041 ABGB).

⁶⁵³ P. Schlechtriem, 72.

⁶⁵⁴ Као претпоставке примене опште тужбе из неоснованог обогаћења обично се наводе: обогаћење, осиромашење и корелативна веза између обогаћења и осиромашења. Међутим, неки пореци предвиђају додатне претпоставке. Тако се у француском и италијанском праву прописује супсидијерност примене тужбе из обогаћења, док се у немачком праву захтева непосредност обогаћења.

⁶⁵⁵ Пословодство без налога такође почива на идеји забране неоснованог обогаћења која налаже да господар посла пословођи надокнади све нужне и корисне трошкове које је предузео у вези пословодства као и да га ослободи свих обавеза преузетих тим поводом. Међутим, ту установу одликују одређене специфичности – алтруизмом и међуљудском солидарношћу, које се желе поспешити и заштитити, због чега се у законским текстовима уређује као посебна установа независно од неоснованог обогаћења. Потреба њиховог одвојеног регулисања уочљива је и на наднациоалном нивоу, а огледа се у чињеници да је Група истакнутих правника поводом доношења Европског грађанског законика (*European Civil Code*) сачинила два одвојена предлога принципа: први за пословодство без налога (*Principles of European Law, Study Group on European Civil Code, Benevolent Intervention in Another's Affairs – PEL Ben. Int.*), а други за правно неосновано обогаћење (*Principles of European Law, Study Group on European Civil Code, Unjustified Enrichment – PEL Unj. Enr.*).

Осим тога, у Законику се наводе још неки случајеви неоснованог обogaћења који не представљају квазиконтракте већ се уређују у оквиру других установа не само облигационог већ и других грана права.⁶⁵⁶

5.2.1. ИСПЛАТА НЕДУГОВАНОГ

Под утицајем римског права, Француски грађански законик прихвата установу квазиконтраката у које сврстава исплату недугованог (*le paiement de l'indu*) и пословодство без налога (*la gestion d'affaires*).⁶⁵⁷

Обавеза повраћаја у случају исплате недугованог најпре се дефинише у чл. 1235: „Свако плаћање претпоставља неки дуг: што је плаћено а није дуговано може се повратити (ст. 1). Повраћај није допуштен у погледу природних облигација, које су вољно биле исплаћене (ст. 2).”⁶⁵⁸

5.2.1.1. Претпоставке настанка исплате недугованог

За исплату недугованог захтева се испуњење неколико претпоставки.

Прва претпоставка се огледа у томе да је једно лице (исплатилац, *accipiens*) извршило плаћање другом лицу (прималац, *solvens*). Друга

⁶⁵⁶ Тако се нпр. чланом 555 СС регулише обogaћење настало прираштајем. Ако једна особа сопственим материјалом изгради објекат на туђем земљишту, он припада власнику земљишта који има право или да га задржи или да од градитеља захтева његово уклањање. Уколико одлучи да га задржи, дужан је да градитељу по свом избору исплати суму за коју је увећана вредност земљишта или да му надокнади трошкове уложеног рада и материјала. Потом, чланом 861 СС прописано је да приликом наслеђивања, уколико оставилац није друкчије изричито одредио, санаследници морају да унесу у наследну масу све што су од оставиоца стекли на основу поклона *inter vivos*. Ако је у наследну масу враћена непокретност, поклонопримац (санаследник) има право на накнаду трошкова којима је увећана њена вредност (корисни трошкови) као и трошкова који су били неопходни за одржавање ствари чак и у случају да они нису довели до повећања њене вредности (нужни трошкови). Вид. В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 630

⁶⁵⁷ Решења Француског грађанског законика заснивају се на учењу Потијеа који је у квази-контракте сврстао пословодство без налога а од кондикција само исплату недугованог. Овакво решење утицало је на проширење примене пословодства без налога које се све до увођења верзионе тужбе од стране судске праксе примењивало на многе случајеве неоснованог обogaћења.

⁶⁵⁸ Превод Ч. Марковић, 32.

претпоставка је негативно одређена и састоји се у томе да је плаћање извршено без правног основа. Трећа претпоставка се односи само на једну врсту исплате недугованог – такозвано субјективно недуговање и чини је заблуда исплатиоца о постојању дуга.

1. Исплата. Најчешће се огледа у томе да једно лице (*solvens*) плаћа одређену суму новца другом лицу (*accipiens*). Иако се тај случај неоснованог обогаћења назива „исплата недугованог”, он се не односи само на новчано плаћање већ и на предају друге заменљиве или индивидуално одређене ствари.⁶⁵⁹ С друге стране, исплата недугованог у француском праву не обухвата неосновано извршену услугу и пренос права на употребу.⁶⁶⁰ Па ипак, неки аутори се залажу да се под исплату недугованог подведу и случајеви неосновано извршене услуге.⁶⁶¹ Доказ о извршеној исплати пада на терет тужиоца (исплатиоца).⁶⁶²

2. Непостојање основа исплате. Исплата је недугована уколико за њу не постоји никакав основ. Недуговање подразумева *непостојање цивилне обавезе* које се може манифестовати на различите начине (цивилна обавеза никада није постојала између *solvens-a* и *accipiens-a* или је постојала али је угашена било исплатом, било поништењем и др.).⁶⁶³ Међутим, нема исплате недугованог ако је дужник платио пре истека рока, због чега се искључује повраћај.⁶⁶⁴

С друге стране, исплата природне обавезе не представља исплату недугованог (чл. 1235, ст. 2) па се искључује могућност реституције у случају њеног добровољног плаћања. Уколико је наступила застарелост потраживања,

⁶⁵⁹ Члан 1379: „Ако је оно што је примљено а није дуговано непокретност или покретна телесна ствар, ко је примио обавезује се да је поврати у природи, ако постоји, или њену вредност, ако је пропала или погоршана његовом кривицом; штавише, одговоран је за случајну пропаст, ако ју је несавесно примио“. *Ibid.*, 46.

⁶⁶⁰ P. Schlechtriem, 2.

⁶⁶¹ Према Бенабеновом (*Bénabent*) мишљењу, иако постоје потешкоће у вези са предметом повраћаја јер су услуге „потрошене”, то није довољан разлог за потпуно искључење идеје повраћаја, будући да се он може извршити у противвредности (на пример, клијент хотела који поједе оброк који је грешком био достављен у његову собу; претплатник који потроши одређену количину воде или гаса који није приказан на мерачу). Вид. A. Bénabent, 276.

⁶⁶² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1048.

⁶⁶³ A. Bénabent, 277; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1048.

⁶⁶⁴ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1048.

поверилац је онемогућен да судским путем захтева исплату од дужника. Међутим, ако дужник добровољно изврши исплату, не сматра се да је платио недуговано па неће имати право на повраћај.

Може бити да обавеза плаћања не постоји, али се исплата сматра основаном уколико постоји намера дарежљивости исплатиоца (*solvens*) према примаоцу (*accipiens*). Ако таква намера постоји, она представља основ плаћања који спречава његов повраћај.⁶⁶⁵

Објективно непостојање обавезе. Дешава се да прималац добије одређену суму новца или ствар која му не припада ни по једном правном основу (на пример, наследник исплати неки дуг покојника не знајући да је он већ био исплаћен или да је тестаментом искључен из наслеђа, или осигуравајуће друштво исплати накнаду штете не знајући да се она догодила под условима које полиса осигурања не покрива).⁶⁶⁶ Уколико је исплата у исто време неоснована и за *solvens*-а и за *accipiens*-а (исплатилац није био дужник, а прималац није био поверилац) реч је о објективном непостојању обавезе.

Субјективно непостојање обавезе. Ако је исплата основана за једну страну али не и за другу, реч је о субјективном непостајању обавезе. Такав је случај када прави дужник изврши исплату лицу које није његов поверилац (изврши се испорука робе погрешном примаоцу)⁶⁶⁷ или обратно: када прави поверилац прими оно што му је дуговано, али од лица које није његов дужник (повериоцу покојника буде извршена исплата од лица које погрешено верује да је наследник).

Прималац ће бити обавезан на повраћај уколико је прихватио исплату за коју се испостави да је била недугована. Прихватање исплате мора бити

⁶⁶⁵ *Ibid.*, 1049.

⁶⁶⁶ Повраћај извршеног на основу неважећег уговора најпре се вршио применом правила о исплати недугованог. Међутим, у једној одлуци из 2002. године. Касациони суд је изрекао: „Повраћаји који се јављају након поништења уговора нису резултат примене принципа исплате недугованог већ правила ништавости.” Вид. Cass. civ. 24 September 2002, Bull. civ. 2002, I, no. 218 p. 168; D. 2003, 369, note Aubert. *Нав. према PEL Unj. Enr.*, 130–131.

⁶⁶⁷ У случају када је дужник извршио исплату лицу које није његов поверилац поставља се питање да ли прави поверилац може покренути тужбу против примаоца исплате. Судска пракса не дозвољава такву могућност. Вид. A. Bénabent, 281–282.

добровољно, што произлази из опште дефиниције квазиконтраката из чл. 1371 да су квазиконтракти „чисто вољне људске радње из којих произлази нека обавеза према трећем, а понекад узајамна обавеза странака”.⁶⁶⁸ Због тога особа којој је достављена нека ствар, при чему она то није желела, није одговорна по основу исплате недугованог.⁶⁶⁹

3. Заблуда исплатиоца. У римском праву, исплата недугованог постојала је уколико је исплатилац у заблуди извршио плаћање. У пракси се најчешће дешавало да је исплата извршена због тога што је исплатилац био у заблуди о постојању дуга, односно личности примаоца. Будући да се заблуда (као и сваки психолошки елемент) тешко доказује, поставља се питање да ли је она у француском праву услов повраћаја. Одговор на то питање налази се у чл. 1376 и 1377. Према чл. 1376: „Ко у заблуди или са знањем прими оно што му се не дугује, обавезује се да то врати ономе од кога је безразложно примио”.⁶⁷⁰ Тим чланом се прописује да ће прималац недугованог, без обзира на своју свест у тренутку примања исплате, бити обавезан да изврши повраћај. Прималац је, дакле, дужан да изврши реституцију било да је био у заблуди да му се дугује, било да је свесно примио недуговано.

За повраћај примљене суме једини услов који мора бити испуњен јесте непостојање основа исплате. С друге стране, у чл. 1377 се уређује ситуација када је исплату постојећег дуга правом повериоцу извршило лице које није дужник. Тај члан се односи на *solvens*-а и у њему се недвосмислено истиче да је услов повраћаја његова заблуда о постојању сопственог дуга. Према томе, право на повраћај има само „лице, које је у заблуди себе сматрало дужником и исплатило дуг”.⁶⁷¹ Дуго времена је заблуда исплатиоца била захтевана у свим случајевима

⁶⁶⁸ Превод Ч. Марковић, 45.

⁶⁶⁹ Искључење одговорности за исплату недугованог не искључује евентуалну одговорност за накнаду штете, што ће, на пример, бити случај уколико особа баци чек који јој је достављен а који јој не припада и тиме омогући другој особи која га је пронашла да га уновчи. А. Bénabent, 277.

⁶⁷⁰ Превод Ч. Марковић, 46.

⁶⁷¹ Чл. 1377 СС: „Кад је неко у заблуди, мислећи да је дужник, исплатио неки дуг, има против повериоца право на повраћај (ст. 1). Ипак, то право престаје у случају кад је поверилац

исплате недугованог.⁶⁷² Наиме, чл. 1377 је био примењиван не само на случајеве субјективног недуговања (повериоцу је платила особа која није дужник, односно дужник је платио особи која није поверилац) већ и на случај објективног недуговања у којем обавеза уопште није постојала.⁶⁷³ У свим ситуацијама исплате недугованог, да би повратио исплаћену суму, исплатилац је морао да докаже своју заблуду. Међутим, у савременој судској пракси уведена је разлика између објективног и субјективног непостојања обавезе, при чему се услов постојања заблуде исплатиоца захтева само за субјективно недуговање.⁶⁷⁴ Када је извршено плаћање ради гашења обавезе која објективно не постоји (чл. 1376), да би исплатилац остварио повраћај, довољно је да докаже непостојање правног основа исплате.⁶⁷⁵

Насупрот објективном, у случају субјективног недуговања *solvens* који је платио постојећу туђу обавезу правом повериоцу мора да докаже да је приликом плаћања био у заблуди о постојању сопствене обавезе. Наиме, у пракси се дешава да једно лице у дарезљивој намери свесно исплати туђ дуг из пријатељских или породичних разлога и сл.⁶⁷⁶ У таквим случајевима сматра се да постоји основ исплате, због чега се искључује повраћај. Због тога, да би остварио повраћај плаћеног, исплатилац мора да докаже да је платио верујући да гаси сопствени дуг јер се у супротном претпоставља да је желео да угаси туђу обавезу. Сматра се да је исплатилац дужан да докаже своју заблуду и у другом облику субјективног недуговања – када је *solvens* заиста дужник али изврши исплату особи која није била поверилац.⁶⁷⁷ У том случају његова заблуда тиче се личности повериоца.

услед исплате уништио исправу, а ономе који је платио остаје право против истинског дужника (ст. 2).” *Ibid.*

⁶⁷² A. Bénabent, 279; P. Schlechtriem, 114.

⁶⁷³ Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, Presses Universitaires de France 2010, 409;

⁶⁷⁴ Заокрет у судској пракси догодио се након једне одлуке Касационог суда од 2. априла 1993. године (*Bull. Ass. Plén.*, no 9; D., 1993, 373, concl. M. Jéol) у којој је изречено да у случају објективног недуговања из члана 1376 *solvens* није дужан да доказује своју заблуду да би добио повраћај исплаћене суме. *Ibid.*, 409–410.

⁶⁷⁵ P. Schlechtriem, 115.

⁶⁷⁶ A. Bénabent, 280.

⁶⁷⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1051.

Исплатилац може бити у заблуди о некој чињеници (на пример, законски наследник који не зна да постоји тестамент који га искључује из наслеђа изврши исплату оставиочеве обавезе) или о праву (на пример, родитељ исплати штету коју је његово пунолетно дете другом проузроковало због тога што је веровао да је још увек одговоран за радње свог детета).

Када поверилац прими исплату од исплатиоца који није дужник, будући да је намирио своје потраживање, дешава се да уништи исправу о постојању дуга. Уколико би био обавезан да изврши повраћај примљене суме исплатиоцу, недостајао би му доказ на основу кога би могао да тужи правог дужника. Отуда се прибегава решењу да исплатилац може захтевати повраћај од правог дужника чији је дуг угасио.⁶⁷⁸ Притом, поверилац (*accipiens*) није у обавези да поднесе материјални доказ да је уништио исправу о дуговању.⁶⁷⁹

Знање исплатиоца да не дугује (било да је реч о објективном или о субјективном непостојању обавезе) искључује повраћај плаћеног.⁶⁸⁰

Исплата недугованог у француском праву прописана је према правилима која важе за кондикциону одговорност. Наиме, прималац се примарно обавезује да врати оно што је примио. Ако није могуће извршити натуралну реституцију, он је дужан да плати новчану вредност примљеног.⁶⁸¹ Тако је прималац који је потрошио ствар дужан да исплати њену вредност.⁶⁸² Изузетак постоји за савесног примаоца који је стечену ствар продао.⁶⁸³ У тој ситуацији он се не обавезује да

⁶⁷⁸ Вид. чл. 1377, ст. 2 СС.

⁶⁷⁹ А. Bénabent, 281.

⁶⁸⁰ Р. Schlechtriem, 115.

⁶⁸¹ Чл. 1379 СС.

⁶⁸² А. Bénabent, 283.

⁶⁸³ Прималац је савестан уколико сматра да је исплата коју је добио основана. То је случај када је прималац заиста поверилац, али мисли да је трећи извршио исплату у име његовог дужника. Прималац је савестан и онда када није поверилац али погрешно верује да јесте. У сваком случају савесност се претпоставља. *Ibid.*

плати суму која одговара вредности ствари већ је дужан да исплатиоцу преда купопродајну цену.⁶⁸⁴

Ако је прималац био несавестан (знао је да прима нешто што му не припада), дужан је да врати не само оно што је примио већ и да плати камату и преда плодове које је стечена ствар дала од дана када је исплата извршена.⁶⁸⁵ Било да је прималац савестан или несавестан, има право на накнаду „неопходних и корисних трошкова” којима је био изложен зарад очувања добијене ствари јер би у супротном дошло до неоснованог обogaћења исплатиоца.⁶⁸⁶

5.2.2. ОБОГАЋЕЊЕ БЕЗ ОСНОВА (*L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE*)

У француском праву на кондикцију и неосновано обogaћење гледа се као на две одвојене установе. Њихова подвојеност је проузрокована историјским околностима услед којих је у Законику прописивана само кондикција, а не и верзиона тужба. Захваљујући учењу Поттијеа, Кодексом су регулисана два квазиконтракта (исплата недугованог и незвано вршење туђих послова) која почивају на принципу који забрањује неосновано обogaћење на туђ рачун. Међутим, непотпуно регулисање неоснованог обogaћења изазивало је многе проблеме у судској пракси која је крајем XIX века увела верзиону тужбу у француско право која је постала општа тужба из неоснованог обogaћења.

Елементи правно неоснованог обogaћења у француском праву изводе се из услова које је судска пракса установила као неопходне за примену верзионе тужбе. Сви они могу се груписати у економске и правне елементе.⁶⁸⁷

⁶⁸⁴ Чл. 1380 СС: „Уколико је онај који је савесно примио након тога продао примљену ствар, дужан је да врати само цену по којој је дату ствар продао.” Превод Ч. Марковић, 46.

⁶⁸⁵ Чл. 1378 СС: „Ако је прималац био несавесан, обавезан је да врати како главницу тако и интерес и плодове, од дана плаћања.” *Ibid.*

⁶⁸⁶ Чл. 1381 СС: „Коме је ствар повраћена, треба да накнади, па и несавесном држаоцу, све нужне и корисне трошкове, који су учињени за одржање ствари.” *Ibid.*

⁶⁸⁷ В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 634–640; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1060–1066.

Економски елементи су позитивни услови, док су правни елементи негативни услови који нису ништа друго него препреке за покретање верзионе тужбе. Разликовање позитивних и негативних услова значајно је за одређивање терета доказивања. Наиме, тужилац треба да докаже оствареност позитивних услова (постојање економских елемената), док тужени треба да докаже постојање неке од препрека (негативних услова) како би одбио примену верзионе тужбе и спречио повраћај обогаћења.⁶⁸⁸

1. Економски елементи (позитивни услови). Доказивање три елемента пада на терет тужиоца. То су: обогаћење туженог, осиромашење тужиоца и корелативна веза између обогаћења и осиромашења. Обогаћење се може огледати у увећању активе, смањењу пасиве, уштеди трошкова и сл.⁶⁸⁹ Њему одговара осиромашење тужиоца које се може појавити као умањење активе (*damnum*) или пропуштање њеног увећања (*lucrum*).⁶⁹⁰ По питању трећег економског елемента француско право признаје не само непосредну већ и посредну корелативну везу између обогаћења и осиромашења.⁶⁹¹ Непосредна корелативна веза огледа се у директном прелазу вредности из имовине осиромашеног у имовину обогаћеног.⁶⁹² Посредна веза постоји онда када у прелазу учествује и имовина треће особе.⁶⁹³

2. Правни елементи (негативни услови). Тужба из обогаћења не примењује се уколико је обогаћење основано или ако је у конкретном случају могуће применити неку другу тужбу.

⁶⁸⁸ A. Bénabent, 289.

⁶⁸⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1060.

⁶⁹⁰ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 635.

⁶⁹¹ *Ibid.*, 636.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ Посредно обогаћење је постојало у случају *Boudier*, у којем је тужилац испоручио ђубриво закупцу али је корист од тога имао власник земљишта. Пренос вредности је извршен посредством имовине закупца.

а) Непостојање основа обогаћења

Основ може бити дефинисан као правна оправданост обогаћења.⁶⁹⁴ У судској пракси захтева се да за обогаћење не постоји ни објективан ни субјективан основ.⁶⁹⁵ Обогаћење без објективног основа јавља се уколико обогаћени не може навести ниједан правни основ који би оправдао његово обогаћење. Такав основ може бити уговор⁶⁹⁶, закон⁶⁹⁷, судска одлука или било који други правни акт, па чак и обичај.⁶⁹⁸ Обогаћење без субјективног основа постоји уколико се осиромашени није понашао на начин којим би оправдао обогаћење.⁶⁹⁹ Субјективни основ обогаћења постоји када је осиромашени делао на сопствену одговорност и ризик, у жељи да оствари личну корист.⁷⁰⁰ Нема места верзионој тужби уколико је до обогаћења дошло кривицом осиромашеног лица.⁷⁰¹ Судска пракса води рачуна о тежини кривице осиромашеног те се примена тужбе *de in rem verso* искључује једино у случају када постоји груби нехат или зла намера.⁷⁰²

Осим тих субјективних разлога, у судској пракси се осиромашеном онемогућава покретање поступка *de in rem verso* још и услед: својевољног

⁶⁹⁴ A. Bénabent, 291.

⁶⁹⁵ A. Sériaux, 291.

⁶⁹⁶ Уколико је купопродајни уговор пуноважан (јер нема услова за примену института прекомерног оштећења), купац половних књига не може се позвати на неосновано обогаћење продавца, наводећи да их је скупо платио. *Ibid.*

⁶⁹⁷ *Ibid.*, 293.

⁶⁹⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 637.

⁶⁹⁹ A. Sériaux, 294.

⁷⁰⁰ Ако неко врши мелиорационе радове на сопственом земљишту, они доносе корист и оближњем земљишту. У том случају лице које је предузело мелиорационе радове не може подићи тужбу *de in rem verso* против суседа јер његово осиромашење изражено у учињеним трошковима предузетих радова није неосновано и огледа се у личном интересу да очисти сопствено мочварно земљиште. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 638.

⁷⁰¹ Тако баба која се оглуши о судску одлуку којом је старатељство над децом додељено њиховом оцу тиме што настави да их чува и издржава неће моћи да подигне верзиону тужбу против оца позивајући се на његово обогаћење.

⁷⁰² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1066.

осиромашења, постојања намере дарежљивости осиромашеног или родбинске или пријатељске везе између обогашеног и осиромашеног.⁷⁰³

б) Супсидијерност тужбе *de in rem verso*

Према ставу Касационог суда, покретање тужбе *de in rem verso* могуће је само у случају када подносилац тужбе „не поседује могућност покретање ниједне друге тужбе која проистиче из уговора, квазиконтракта, деликта и квазиделикта”.⁷⁰⁴ Услов супсидијерности верзионе тужбе у француском праву разумљив је имајући у виду да она није прописана законским текстом те да је уведена како би се њоме санкционисали случајеви неоснованог обогашења на које се нису могли применити постојећи законски прописи. У том смислу, уколико се у конкретном случају неосновно обогашење може спречити применом неког законски уређеног института, нема места примени верзионе тужбе. На пример, у случају прекомерног оштећења, осиромашени треба да се позове на правила којима се уређује тај институт, а не на примену верзионе тужбе. Исто тако, поверилац чије је потраживање застарело не може изиграти законска правила о застарелости тиме што би се позвао на обогашење дужника и захтевао његов повраћај верзионом тужбом. Због тога услов супсидијерности треба разумети као спречавање осиромашеног да „надокнади” пропуштену могућност подношења неке друге тужбе која му је стајала на располагању.⁷⁰⁵ Осим тога, покретање тужбе *de in rem verso* није дозвољено чак ни у случају када је осиромашени поднео другу тужбу али није успео у спору.⁷⁰⁶ Иако је у конкретном случају могуће подићи другу тужбу, изузетно се дозвољава примена верзионе тужбе уколико би због инсолвентности дужника друга тужба била неефикасна.⁷⁰⁷ Једино

⁷⁰³ A. Sériaux, 295.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, 297.

⁷⁰⁵ Иако је имплицитно било наведено у неколико одлука, то правило је јасно формулисано једном одлуком из 1971. године, у којој је изречено да тужба из неоснованог обогашења не може бити прихваћена као замена за неку другу тужбу коју тужилац у датом случају из одређених разлога (застарелости, губитка права) не може да подигне. Civ. III, 29. avril 1971 (*Bull. civ.*, III, no. 277). *Ibid.*, 298.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ *Ibid.*

тада је осиромашени овлашћен да подигне верзиону тужбу против трећег обogaћеног лица.

Обим реституције

Уколико су обogaћење и осиромашење исте вредности, обим реституције одговара тој вредности. Међутим, дешава се да се износ обogaћења не поклапа са износом осиромашења. У том случају у француском праву важи систем двоструког ограничења, према којем обим реституције одговара мањој суми: обogaћени не може исплатити већу суму од оне за коју се обогатио, али ни осиромашени не може добити суму већу од оне за коју је осиромашео јер би се у супротном и сам неосновано обогатио.⁷⁰⁸

Датум процене обogaћења и осиромашења није исти. Обogaћење се процењује према обиму који постоји на дан подношења верзионе тужбе⁷⁰⁹, који може бити различит од оног који је постојао у тренутку настанка обogaћења.⁷¹⁰

Не може се са сигурношћу рећи да ли француско право уважава одбрану обogaћеног који истиче нестанак свог обogaћења на други начин а не случајном пропашћу ствари.⁷¹¹ Уколико је реч о стварима одређеним по роду, обogaћени је дужан да изврши повраћај ствари исте врсте, количине и квалитета као што је била она коју је примио. Нестанак обogaћења због случајне пропасти ствари одређене по врсти представља основ ослобођења од одговорности само савесног лица.⁷¹² Ако је реч о несавесном лицу (изузев пословно неспособног)⁷¹³, не води се рачуна о нестанку обogaћења већ оно одговара према правилу које важи за

⁷⁰⁸ A. Bénabent, 295; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 641; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1069.

⁷⁰⁹ A. Bénabent, 295; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1070.

⁷¹⁰ Уколико на дан подношења тужбе обogaћење више не постоји, осиромашени неће добити никакву накнаду. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, 642.

⁷¹¹ *PEL Unj. Enr.*, 500.

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ Пословно неспособно лице увек одговара само за обogaћење које постоји у тренутку подношења тужбе. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1070.

исплату недугованог (чл. 1378).⁷¹⁴ Затезне камате је дужан да плати сваки обogaћени, од момента доношења судске пресуде.⁷¹⁵

За разлику од обogaћења, осиромашење се по правилу утврђује у односу на тренутак у којем се оно догодило.⁷¹⁶ Примена монетарног номинализма у ситуацији у којој је дошло до пада вредности новца може бити неповољна за осиромашеног.⁷¹⁷ Због тога се у судској пракси за датум процене осиромашења узима дан подношења тужбе онда када је осиромашени био у „моралној немогућности” да поднесе тужбу раније⁷¹⁸, односно када тужбу није раније покренуо без своје кривице.⁷¹⁹

5.3. ИТАЛИЈАНСКО ПРАВО

У Италијанском грађанско законнику из 1942. године институт правно неоснованог обogaћења регулисан је оскудно (само у два члана: чл. 2041 и 2042) и сведен је на општу тужбу из неоснованог обogaћења (*azione generale di arricchimento*).

Исплата недугованог самостално је уређена у посебном наслову⁷²⁰ у чл. 2033–2040 тако да формално не чини део института правно неоснованог обogaћења.

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ *Ibid.* Присутан је и став по коме би затезну камату требало обрачунавати од тренутка подизања верзионе тужбе. Тако А. Sériaux, 302.

⁷¹⁶ А. Sériaux, 299; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1069.

⁷¹⁷ А. Sériaux, 301.

⁷¹⁸ Морална немогућност покретања верзионе тужбе постоји за удату жену све док брак траје. Тек након развода она може тужити бившег супруга за корист коју је остварио у посебној имовини услед њеног уложеног рада. Вид. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1069.

⁷¹⁹ А. Bénabent, 296.

⁷²⁰ Исплата недугованог уређена је у седмом наслову IV књиге Кодекса у чл. 2033–2040, док је одмах иза ње, у осмом наслову у чл. 2041–2042 уређено правно неосновано обogaћење.

5.3.1. ИСПЛАТА НЕДУГОВАНОГ (*PAGAMENTO DELL' INDEBITO*)

Према ставу италијанске доктрине, исплата недугованог обухвата новчано плаћање, пренос ствари одређених по роду и индивидуално одређене ствари.⁷²¹ Реституција неосновано извршене престације *facere* врши се применом опште тужбе из неоснованог обогаћења (чл. 2041).⁷²²

Италијански законодавац разликује објективно и субјективно недуговање.

Објективно недуговање (*indebito oggettivo*) означава плаћање извршено ради гашења обавезе која уопште не постоји. Оно је регулисано чланом 2033, према којем исплатилац недугованог има право на повраћај плаћеног. Осим тога, он има право на плодове и на камату, које је несавесни прималац дужан да да од дана исплате, а савестан од дана подношења тужбе. У случају објективно непостојећег дуга не захтева се заблуда исплатиоца.⁷²³ Да би добио повраћај плаћеног, исплатилац треба само да докаже да дуг не постоји.⁷²⁴

Објективно непостојање обавезе обухвата случајеве исплате за коју правни основ од почетка не постоји (*condictio sine causa*) или је постојао али је накнадно отпао (*condictio ob causam finitam*).⁷²⁵ Будући да је најчешћи правни основ исплате уговор, у италијанском праву повраћај извршеног на основу неважећег уговора решава се применом правила о исплати недугованог.⁷²⁶ Уколико је подигнута тужба за утврђивање ништавости, односно поништење уговора, она није довољна да би се извршио повраћај добара предатих на основу уговора.⁷²⁷ Због тога је неопходно да, осим те тужбе, заинтересована страна

⁷²¹ *PEL Unj. Enr.*, 361.

⁷²² *Ibid.*

⁷²³ Вид. више Schlechtriem, 119–122.

⁷²⁴ P. Gallo (1990), 155.

⁷²⁵ P. Schlechtriem, 85.

⁷²⁶ *PEL Unj. Enr.*, 105. Изузетак важи за престације *facere* извршене на основу неважећих уговора за чији повраћај судови примењују општу тужбу из обогаћења (чл. 1041). *Ibid.*

⁷²⁷ Другачије је у француском праву у коме се на основу тужбе за утврђивање ништавости уговора (*action en nullité*) врши и повраћај извршеног. *PEL Unj. Enr.*, 130–131; P. Schlechtriem, 423.

подигне још једно правно средство (кондикцију *indebiti* или реивиндикациону тужбу) на основу које ће остварити повраћај извршеног.⁷²⁸ Осим тога, неким одредбама уговорног права прописује се повраћај при чему се изричито упућује на примену правила о објективном недуговању из чл. 2033.⁷²⁹

Субјективно недуговање (*indebitio soggettivo*) прописано је у чл. 2036, према којем лице које је било у извињавајућој заблуди да је дужник те је стога платило туђ дуг има право на повраћај плаћеног. Исто као и у случају објективног недуговања, и овде исплатилац има право на плодове и камату: несавесни прималац враћа плодове и плаћа камату од дана исплате, а савестан прималац од дана подизања тужбе.⁷³⁰ За разлику од објективног недуговања за које се заблуда исплатиоца не захтева, у случају субјективног недуговања исплатилац је дужан да докаже да је био у извињавајућој заблуди да дугује како би остварио право на повраћај. Прималац ће бити дужан да изврши повраћај само под условом да се у доброј вери није одрекао исправе о дугу или друге гаранције о постојању дуга јер тада може бити доведен у ситуацију да против правог дужника не може да докаже постојање потраживања.⁷³¹ Ако исплатилац не успе да докаже своју извињавајућу заблуду поводом постојања сопственог дуга, остаје му право регреса од правог дужника. Наиме, у том случају долази до законске суброгације исплатиоца у право потраживања повериоца (примаоца исплате).⁷³² Исто решење примењује се и када се прималац, поуздајући се у примљену исплату, у доброј вери одрекао исправе или друге гаранције о постојању дуга.

Што се тиче реституције, Законик изричито уређује случајеве у којима се исплата састоји у предаји тачно одређене ствари (чл. 2037–2038) јер се у случају предаје новца или друге заменљиве ствари подразумева њихов повраћај у облику у којем су предати. И код исплате индивидуално одређене ствари предност се даје

⁷²⁸ Schlechtriem, 456.

⁷²⁹ Вид. чл. 1463 којим се уређује накнадна немогућност извршења дуговане престације једне уговорне стране.

⁷³⁰ Чл. 2036, ст. 2 Италијанског грађанског законика.

⁷³¹ Schlechtriem, 148.

⁷³² Чл. 2036, ст. 3 Италијанског грађанског законика.

натуралној реституцији. Ако је предата одређена ствар, враћа се иста ствар која је примљена (чл. 2037, ст. 1). Уколико ствар није могуће вратити у природу јер је пропала, изгубљена и сл. (чак и случајно), прималац који је био несавестан дужан је да врати новчану вредност ствари (чл. 2037, ст. 2). Лице које је било савесно у тренутку стицања дужно је да исплати само вредност свог обогаћења (чл. 2037, ст. 3). За савесног примаоца исплате италијански законодавац прописује правило карактеристично за неосновано обогаћење, да тужени од стечене користи враћа само оно што постоји у време подизања тужбе. Осим тога, изричито се искључује право повраћаја лицу чија исплата представља повреду добрих обичаја.⁷³³ У тој одредби препознаје се кондикција *ob turpem vel iniustam causam*, на основу које се ускраћује повраћај лицу које је својом исплатом делало неморално. Повреда добрих обичаја могла би се схватити као неморално понашање. Међутим, италијански законодавац не уређује друга питања која су значајна за ту врсту кондикције, попут тога да ли се повреда добрих обичаја може ставити на терет само једној или обема странама и од каквог је то утицаја на одговорност туженог.

5.3.2. ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ (*ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA*)

У Италији у XIX веку није била призната општа тужба из неоснованог обогаћења. Кодекс из 1865. године, по узору на Француски грађански законик, ограничио се на то да пропише само исплату недугованог и пословодство без налога.⁷³⁴ Италијанска судска пракса је, попут француске, настојала да установи обавезу реституције на основу примене правила о пословодству без налога у својој објективној концепцији.⁷³⁵ Слично као у Француској, и у Италији је судска пракса крајем XIX века признала тужбу из обогаћења у облику верзионе тужбе, што је имало за последицу њено одвајање од пословодства без налога, за које је

⁷³³ Чл. 2035 Италијанског грађанског законика.

⁷³⁴ Попут Француског грађанског законика, Италијански кодекс из 1865. године као извор облигација прописао је квазиконтракте (чл. 1140–1150), у које је сврстао пословодство без налога и исплату недугованог. Вид. P. Schlechtriem, 9–10.

⁷³⁵ P. Gallo (1990), 137.

почео да се захтева субјективни елемент (*animus aliena negotia gerendi*).⁷³⁶ Па ипак, у првим деценијама XX века поједини аутори⁷³⁷ су негирали постојање опште тужбе из обогаћења у Италији, што је имало за последицу њену оскудну примену у судској пракси.

Доношењем Италијанског грађанског законика из 1942. године није било више сумње о постојању опште тужбе из неоснованог обогаћења јер је изричито прописана у чл. 2041–2042.

Према чл. 2041, ст. 1, онај ко се без правног основа обогатио на штету другог лица обавезан је да у границама свог обогаћења том лицу надокнади корелативно умањење имовине.

Упркос изричитом регулисању опште тужбе из обогаћења, постоје малобројне пресуде на основу ње. Оскудна примена опште тужбе из обогаћења може се објаснити условима који се за њу захтевају а који су идентични оним из француског права. Наиме, у Италији као и у Француској захтева се пет услова за примену те тужбе: 1) обогаћење, 2) осиромашење у виду имовинске штете, 3) корелативна веза између обогаћења и осиромашења, 4) непостојање правног основа обогаћења и 5) супсидијерност.⁷³⁸

Појавни облици обогаћења су различити и за њих важи исто оно што је речено за француско право. Карактеристика италијанског и француског права огледа се у томе што се под осиромашењем подразумева имовинска штета која је у корелативној вези са обогаћењем туженог.⁷³⁹ Осиромашење, дакле, претпоставља да је наступила имовинска штета. Отуда је примена те тужбе искључена у ситуацијама када лице на чији терет је дошло до обогаћења није

⁷³⁶ *Ibid.*, 138.

⁷³⁷ *Rotondi* подробно износи аргументе због којих се не може прихватити постојање опште тужбе из обогаћења у италијанском праву. Вид. *Mario Rotondi* „L'azione di arricchimento”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. XXII (1924), 374–410, 505–541.

⁷³⁸ P. Gallo (1990), 14.

⁷³⁹ *Ibid.*, 16.

претрпело имовинску штету.⁷⁴⁰ Осим тога, дешава се да штета није одмах видљива или ју је тешко доказати па у том случају оштећени остаје без заштите јер неће успети ни са тужбом за накнаду штете ни са општом тужбом из обогаћења.

Осим штете, тужилац је дужан да докаже и корелативну везу између штете и обогаћења. Та веза постоји уколико обогаћење и осиромашење настају из исте чињенице (*unico fatto generatore*). Притом, постоје различита мишљења о томе да ли се општа тужба из чл. 1041 може применити у случају индиректног обогаћења (*ex alieno contractu*).⁷⁴¹ Као и у француском праву, општа тужба из обогаћења има супсидијерни карактер. Због тога осиромашени који може да поднесе другу тужбу у конкретном случају нема право на општу тужбу из обогаћења.⁷⁴² Италијанска судска пракса ригорозно тумачи услов супсидијерности те општу тужбу из обогаћења примењује само онда када од почетка (*ab origine*) не постоји могућност примене друге тужбе.⁷⁴³ Општа тужба из обогаћења нарочито је искључена онда када је тужилац пропустио рок да поднесе друго правно средство.⁷⁴⁴ Тако, на пример, уколико застари потраживање за накнаду штете, оштећени остаје без могућности да примени тужбу из обогаћења. Као и у исплати недугованог, и у случају опште тужбе из неоснованог обогаћења предност се даје натуралној реституцији под условом да предмет обогаћења постоји у тренутку

⁷⁴⁰ *Ibid.*, 404.

⁷⁴¹ *PEL Unj. Enr.*, 190; Luigi Viola, *Ingiustificato arricchimento indiretto*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=7235>, 4. новембар 2014. Сама италијанска судска пракса није доследна. У прво време након доношња Законика из 1942. године, омогућавана је реституција у случају посредног обогаћења. Међутим, судови су потом променили мишљење и одбијали заштиту у тим случајевима. Тако је у једној одлуци из 1982. године Трибунал у Напуљу одбио тужбу из обогаћења у ситуацији која наликује оној када је француски суд донео супротну одлуку и увео општу тужбу из обогаћења (случај *Boudier*). Наиме, закупац је уговорио извршење радова на закупуљеној непокретности, али, како је постао инсолвентан, није био у стању да изврши уговорену исплату. Његов уговорник је покренуо спор директно против закуподавца (власника непокретности), али је суд одбио тужбени захтев. Вид. *Trib. Napoli*, 14 giugno 1982, *G.C.*, 1983, I, 285. *Нав. према* P. Gallo, (1990), 516.

⁷⁴² Чл. 2042 Италијанског грађанског законика.

⁷⁴³ P. Gallo (1993), 682.

⁷⁴⁴ P. Gallo (1990), 379.

подизања тужбе.⁷⁴⁵ Уколико није могућа натурална реституција, тужени је дужан да изврши новчано плаћање.

5.4. АУСТРИЈСКО ПРАВО

Аустријски грађански законик из 1811. године, као и све старије грађанске кодификације, не садржи јединствени институт правно неоснованог обогаћења. Уместо тога, санкционисани су различити случајеви неоснованог обогаћења који се могу поделити у две групе, зависно од тога да ли је до обогаћења дошло чинидбом осиромашеног или је оно наступило на други начин.⁷⁴⁶

5.4.1. ОБОГАЋЕЊЕ НАСТАЛО ЧИНИДБОМ ОСИРОМАШЕНОГ ЛИЦА – КОНДИКЦИОНА ОДГОВОРНОСТ

Једно лице (извршилац) свесно извршава чинидбу (*die Leistung*) на основу које долази до стицања другог лица (прималац). Чинидба може бити извршена из различитих разлога: ради гашења обавезе, с обзиром на будуће закључење брака или очекивање именована за наследника и др.⁷⁴⁷ Предмет чинидбе може бити све оно што може бити предмет дуговане престације (*dare, facere* или *non facere*). Уколико за извршење чинидбе постоји одговарајући правни основ (уговорни, законски и др.), онда је примаочево стицање коначно. У противном, извршилац чинидбе може од њега да захтева повраћај. Обогаћење настало чинидбом осиромашеног лица у аустријској теорији разматра се у светлу различитих врста римских кондикција.

Осим кондикције *indebiti*, која је прописана у чл. 1431, ABGB познаје и: кондикцију *sine causa* (чл. 877), кондикцију *ob causam finitam* (чл. 1435), која се

⁷⁴⁵ Чл. 2041, ст. 2 Италијанског грађанског законика.

⁷⁴⁶ P. Apathy, A. Riedler, 230.

⁷⁴⁷ *Ibid.*

аналогно примењује и на случајеве кондикције *causa data causa non secuta*, и кондикцију *ob turpem vel iniustam causam* (чл. 1174).

Кондикција *indebiti* уређена је у члану 1431: „Ако се некоме из заблуде, па било то и из заблуде о праву, даде нека ствар или изврши нека радња, на што овај према даваоцу или извршиоцу није имао никаква права, онда се по правилу у првом случају може искати ствар натраг, а у другом накнада, сразмерна допринетој користи.”⁷⁴⁸

Претпоставка примене кондикције *indebiti* је неосновано плаћање, које се огледа у томе што исплатилац није имао правну или моралну обавезу исплате према примаоцу.⁷⁴⁹ Притом, исплата недугованог обухвата не само новчано плаћање или предају друге ствари (*dare*) већ и неосновано извршену услугу, односно рад (*facere*).

Повраћај се омогућава и онда када је постојање обавезе исплате на било који начин неизвесно или када обавеза зависи од испуњења одложеног услова све док се он не оствари.⁷⁵⁰ Другачије је у случају безусловне обавезе исплате која доспева истеком одређеног рока. Плаћање извршено пре истека рока искључује могућност повраћаја.⁷⁵¹ Исплатилац не може захтевати повраћај онда када је исплатио застарело потраживање, то јест када је угасио натуралну обавезу.⁷⁵²

Кондикција *indebiti* примењује се само уколико је исплатилац био у заблуди. Она се може тицати не само постојања обавезе плаћања већ и њеног предмета, затим личности повериоца или дужника.⁷⁵³ Доказивање заблуде пада на терет исплатиоца, при чему су релевантне и заблуда о некој чињеници (на пример, исплатилац грешком два пута плати исти дуг) и заблуда о праву (исплатилац погрешно верује да је уговор пуноважан па на основу њега изврши плаћање).⁷⁵⁴

⁷⁴⁸ Превод Д. Аранђеловић (1906), 182.

⁷⁴⁹ P. Apathy, A. Riedler, 231.

⁷⁵⁰ Чл. 1434. ABGB.

⁷⁵¹ Чл. 1434. ABGB.

⁷⁵² Чл. 1432. ABGB.

⁷⁵³ P. Apathy, A. Riedler, 231.

⁷⁵⁴ *Ibid.*

Законодавац изричито каже да исплатилац не може захтевати повраћај уколико је исплату извршио знајући да не дугује.⁷⁵⁵

У члану 1435 прописано је стицање за које је у почетку постојао основ, али је накнадно престао да постоји (*condictio causa finita*).⁷⁵⁶ Тако је у случају опозива поклона (чл. 948), раскида уговора због оштећења преко половине (чл. 934), наступања раскидног услова, накнадне немогућности извршења противчинидбе (чл. 1447), укидања пресуде.⁷⁵⁷ С обзиром на то да *condictio causa data causa non secuta* није изричито уређена, чл. 1435 се аналогно примењује и на случајеве када је чинидба извршена са циљем који је био познат примаоцу а који није наступио. Уколико је циљ извршења чинидбе био неморалан или недозвољен, искључује се њен повраћај (чл.1174).⁷⁵⁸ Једино ако је извршилац предузео чинидбу да би примаоца спречио да изврши неку недозвољену радњу, дозвољава му се реституција (*condictio ob turpem vel iniustam causam*). У члану 877 уређује се *condictio sine causa* која се примењује у случајевима када је извршен уговор који није пуноважан због недостатка у сагласности изјављених воља.⁷⁵⁹ Тај недостатак може се тицати мана воље (битне заблуде, преваре, претње, принуде). У том случају се уговор поништава и сматра се да од самог почетка није постојао (*ex tunc*). Реституција се након поништења уговора не спроводи на основу чл. 1435 (*condictio causa finita*) већ чл. 877.⁷⁶⁰ Међутим, ако се уговор напада због непостојања споразума (*der Dissens*) или је реч о фиктивном правном послу (*das Scheingeschäft*) примењује се или правило о исплати недугованог (*condictio*

⁷⁵⁵ Чл. 1432 ABGB.

⁷⁵⁶ Чл. 1435 ABGB: „Ко је дао ствари, које је одиста дужан био дати, тај их може од пријемника натраг искати, ако је престао законски узрок, да се оне и даље задрже.” Превод Д. Аранђеловић (1906), 183.

⁷⁵⁷ P. Apathy, A. Riedler, 232.

⁷⁵⁸ Чл. 1174 ABGB: „Оно што је ко дао ради извршења какве немогућне или недопуштене радње, знајући да су оне такве, не може натраг искати. У колико је фискус овлашћен узети то за себе, одређују политичке наредбе. Али ако је ради спречавања какве недопуштене радње дато штогод онеме, који је исту хтео извршити, онда се дато може натраг искати.” Прев. Д. Аранђеловић (1906), 152.

⁷⁵⁹ Чл. 877 ABGB: „Ко захтева раскидање уговора због недостатка у пристанку, мора и све вратити, што је он по таквом уговору на своју корист добио.” *Ibid.*, 116.

⁷⁶⁰ P. Apathy, A. Riedler, 234.

indebiti) или о изостанку очекиване противчинидбе (*condictio causa data causa non secuta*).⁷⁶¹ *Condictio sine causa* (чл. 877) примењује се и онда када је чинидбу извршило лице које нема пуну пословну способност, као и када је уговор неважећи из других разлога (попут непоштовања правила о ограничењу стицања странаца).⁷⁶²

5.4.2. УПОТРЕБА СТВАРИ У ТУЉУ КОРИСТ (ВЕРЗИОНА ОДГОВОРНОСТ)

Кондикциона одговорност се примењује онда када је неосновано стицање једног лица наступило услед чинидбе другог лица. Остали случајеви правно неоснованог стицања решавају се применом правила о употреби туђе ствари у корист другог (чл. 1041–1044). Иако АБГВ није прописао општу тужбу из неоснованог обogaћења, њену функцију је преузео чл. 1041, у којем је регулисана верзиона тужба (*actio de in rem verso*): „Ако је без деловодства каква ствар на туђу корист употребљена, онда је власник може у природи натраг захтевати или, ако се ово не може више учинити, тражити вредност, коју је она имала у време кад је била употребљена, ма да је корист од те употребе доцније осујећена.”⁷⁶³

Аустријска верзиона тужба води порекло из општег права (*ius commune*) у којем није постојала општа тужба из обogaћења те су се многи случајеви неоснованог обogaћења на које се није могла применити кондикција решавали њеном применом.

Према тумачењу савремених аутора, циљ верзионе тужбе из чл. 1041 јесте санкционисање неоснованог обogaћења насталог неовлашћеном употребом туђе ствари, при чему се ствар широко тумачи и представља сваку врсту економске вредности.⁷⁶⁴ Дакле, она нема значење само телесне ствари већ и стварних права на туђим стварима, потраживања, извршеног рада, права интелектуалне својине и

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² Изузев ако су испуњени услови за примену чл. 1174. *Ibid.*

⁷⁶³ Превод Д. Аранђеловић (1906), 136.

⁷⁶⁴ М. Schwimann, 1064.

др.⁷⁶⁵ У аустријском праву одговорност за обогаћење јасно се разликује од одговорности за накнаду штете. Наиме, претпоставка верзионе тужбе није наступање штете за осиромашеног.⁷⁶⁶ Осим тога, обогаћени одговара за остварену корист без обзира на своју кривицу.⁷⁶⁷ Погодност верзионе тужбе у односу на тужбу за накнаду штете⁷⁶⁸ огледа се и у дужем року застаревања, који износи 30 година.⁷⁶⁹ За разлику од француског и италијанског права, верзиона тужба аустријског права нема супсидијеран карактер.⁷⁷⁰ Због тога између ње и тужбе за накнаду штете постоји однос конкуренције.⁷⁷¹

Из пасивне формулације „ствар је употребљена (*verwendet worden ist*)” произилази да обогаћење може настати на неколико начина. Најпре, оно може настати радњом обогаћеног која се састоји у неовлашћеном вршењу туђег права (употреба, потрошња, отуђење туђе ствари, изградња туђим материјалом на сопственом земљишту и др.).⁷⁷² Потом, обогаћење може настати радњом осиромашеног лица које не представља чинидбу у значењу свесног и вољног преноса имовинске вредности у корист другог лица (на пример, грађење сопственим материјалом на туђем земљишту из чл. 418).⁷⁷³ У групу обогаћења насталог радњом осиромашеног спада и случај из чл. 1042, у којем једно лице

⁷⁶⁵ P. Apathy, A. Riedler, 236.

⁷⁶⁶ M. Schwimann, 1057.

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ Према чл. 1489 ABGB, тужба за накнаду штете застарева у року од три године од тренутка када је оштећени сазнао за штету.

⁷⁶⁹ ABGB не садржи посебан пропис о року застарелости верзионе тужбе, већ се примењује опште правило из чл. 1478 ABGB по коме тај рок износи 30 година. S. Pernger, M. Spitzer, G. Kodek, 373.

⁷⁷⁰ Супсидијерност верзионе тужбе постоји само у односу кондикцију. У том смислу истиче се један случај из судске праксе када је жена свом ванбрачном другу ставила на располагање новац за изградњу куће. Када је кућа била саграђена, ванбрачни друг је пренео земљиште заједно с кућом на свог сина и његову супругу. Пошто је раскинута ванбрачна заједница, жена је подигла верзиону тужбу против сина и његове супруге, али је суд одбио тужбу образлажући да је она супсидијерног карактера у односу на кондикцију која жени стоји на располагању против бившег ванбрачног друга за износ новца који му је предала. Вид. M. Schwimann, 1060.

⁷⁷¹ *Ibid.*, 1058.

⁷⁷² P. Apathy, A. Riedler, 236.

⁷⁷³ M. Schwimann, 1059.

извршава законску обавезу другог лица (осиромашени даје издржавање трећем лицу које је по закону дужан да издржава обогашени и сл.). На крају, обогашење може настати без суделовања како осиромашеног, тако и обогашеног лица [градитељ на земљишту чији је власник лице А изгради објекат од материјала чији је власник лице Б (чл. 419), дужник који је ослобођен обавезе због случајне пропасти ствари (чл. 1447) прими осигуравајућу новчану суму због наступања осигураног случаја услед кога је ствар пропала и сл.]).⁷⁷⁴

Верзиона тужба је искључена уколико постоји основ прелаза имовинске вредности који се огледа у неком правном акту (уговору, закону, пресуди и др.).⁷⁷⁵

У аустријском праву се верзиона тужба начелно не примењује на случајеве посредног обогашења. Тако се она не може подићи против трећег лица – савесног стицаоца ствари.⁷⁷⁶ Такође, верзиона тужба је искључена против трећег лица које је имовинску корист остварило на основу извршења туђег уговора. Наиме, у случају да осиромашени не може да намири своје потраживање од свог уговорника због инсолвентности, неће моћи да примени верзиону тужбу против трећег лица које је имало корист од уговора.⁷⁷⁷

Активно легитимисано лице у верзионој тужби може бити само оно коме ствар у тренутку њене употребе искључиво припада (власник чија је ствар неовлашћено употребљена, извршилац рада, односно услуге, титулар права интелектуалне својине или титулар права личности које је неовлашћено употребљено и др.).⁷⁷⁸ Пасивно легитимисано је оно лице које је остварило корист неоснованом употребом туђе ствари (лице које је неовлашћено отуђило туђу

⁷⁷⁴ P. Apathy, A. Riedler, 236–237.

⁷⁷⁵ P. Apathy, A. Riedler, 237; M. Schwimann, 1061.

⁷⁷⁶ За случајеве савесног стицања вид. чл. 367, 371, 824, 916 ст. 2 ABGB.

⁷⁷⁷ Муж је у своје име склопио уговор са столаром да у кући његове жене изврши радове. Уколико муж због инсолвентности не изврши уговорну обавезу, столар неће моћи да подигне верзиону тужбу против жене. Другачије је било у општем праву (*ius commune*) у време када није постојало директно заступање, јер се у тој ситуацији додељивала *actio de in rem verso utilis*. Вид. P. Apathy, A. Riedler, 236.

⁷⁷⁸ P. Apathy, A. Riedler, 238; M. Schwimann, 1065.

ствар⁷⁷⁹, власник ствари дате у закуп коју је поправило треће лице без важећег уговора са закупцем⁷⁸⁰ и сл.).

Подврсти употребе ствари у туђу корист припада случај када једно лице сопственим средствима изврши законску обавезу другог лица. Тако, према чл. 1042: „Ко за другога чини издатак, који би овај по закону сам морао учинити, има право тражити накнаду.” Најчешће је реч о давању издржавања лицу које је по закону дужно да издржава друго лице. Обогаћеним лицем не сматра се издржавано лице већ оно које је имало обавезу давања издржавања, због чега се обогаћење огледа у уштеди трошкова. Због тога се лицу које је извршило обавезу додељује право регреса од оног коме је она падала на терет. Притом, издатак се не мора огледати само у предаји новца или друге ствари већ и у извршењу услуге или преузимању обавезе.⁷⁸¹ Осим тога, свест да је реч о туђој обавези није услов примене чл. 1042. Лице које је у заблуди да извршава сопствену обавезу, осим кондикције *indebiti* (која је усмерена на примаоца чинидбе), има на располагању верзиону тужбу против дужника.⁷⁸² Иако се у формулацији чл. 1042 говори само о законској обавези, право регреса додељује се и лицу које је извршило туђу уговорну обавезу.⁷⁸³ Право регреса искључено је уколико је извршилац имао намеру да учини поклон обогаћеном или једноставно није очекивао накнаду од њега.⁷⁸⁴ У том случају постојање намере дарежљивости доказује обогаћени (тужени).⁷⁸⁵ Обим регреса утврђује се, с једне стране, према висини учињеног издатка а, с друге стране, према висини обавезе која је теретила туженог.⁷⁸⁶

⁷⁷⁹ Уколико неко неовлашћено прода туђу ствар при чему купац не стекне својину према чл. 367, власник може алтернативно да подигне ревиндикациону тужбу против купца или верзиону тужбу против продавца. У аустријском праву чињеница да је располагање било неважеће нема утицаја на то да се неовлашћена продаја квалификује као неовлашћена употреба туђе ствари. Вид. М. Schwimann, 1064.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, 1067.

⁷⁸¹ Р. Apathy, А. Riedler, 239.

⁷⁸² Муж који даје издржавање детету јер је у заблуди да је његов отац има право регреса од лица које је дужно да издржава дете. *Ibid.*, 240.

⁷⁸³ *Ibid.*, 239.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ *Ibid.*, 239–240.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, 240.

Притом, обим регреса не може бити већи од износа обавезе која је извршена. Уколико је тај износ мањи од учињеног издатка, тужилац има право само на повраћај суме која одговара износу обавезе коју је извршио.

Аустријски законодавац у оквиру употребе ствари у туђу корист изричито прописује и древни родоски закон о накнади штете (*lex Rhodia de iactu*). Тако, према чл. 1043: „Ако је ко у случају нужде, да би већу штету од себе и других отклонио, своју имовину жртвовао, онда му морају сви који су отуда имали користи, сразмерно дати накнаду. Опширнија примена овог прописа јесте предмет поморских закона.” То правило се примењивало још у римском праву на случајеве када је капетан брода, због непогоде која прети да потопи брод, избацио део терета како би спасио брод и остатак терета. За штету лицима чије су ствари избачене солидарно одговарају капетан брода и лица чије су ствари спасене.

Реституција

Осиромашено лице примарно може да захтева повраћај ствари.⁷⁸⁷ Све док је могуће извршити натурални реституцију, оно не може захтевати плаћање новчане вредности остварене користи (новчана реституција). Тек уколико није могуће извршити натуралну реституцију (извршена је услуга, незаменљива ствар је пропала, потрошена и сл.), досуђује се новчана реституција.⁷⁸⁸ Такође, уколико натурална реституција у потпуности не спречава неосновано обогаћење, онда се она комбинује са новчаном реституцијом.⁷⁸⁹ Обим новчане реституције не одмерава се према висини евентуалне штете коју је претрпео осиромашени већ према вредности ствари, односно извршеног рада у тренутку њене употребе, односно његовог извршења.⁷⁹⁰ Изузетак постоји у случају када савесни држалац⁷⁹¹

⁷⁸⁷ M. Schwimann, 1067.

⁷⁸⁸ Уколико је реч о заменљивим стварима (*genera*), важи правило *genera non pereunt* због чега је натурална реституција увек могућа. Међутим, ако је реч о савесном обогаћеном лицу, оно се обавезује на натуралну реституцију само уколико она не би представљала за њега већи терет од плаћања новчане вредности. Тако је у једном случају потрошње кокса суд одбио захтев за повраћај ствари у природи због тога што је обогаћени био савестан (веровао је да троши сопствену ствар), а његово обогаћење се огледало у уштеди јефтинијег угља, а не кокса. Стога је тужени био дужан да плати само набавну вредност угља који би иначе потрошио. *Bud. Ibid.*, 1068, 1070.

⁷⁸⁹ Осим повраћаја ствари која је неовлашћено употребљавана, тужени се обавезује и на плаћање новчаног износа за накнаду употребе. P. Apathy, A. Riedler, 241.

⁷⁹⁰ P. Apathy, A. Riedler, 241; M. Schwimann, 1068.

учини издатке за ствар. Обим верзионе одговорности обогаћеног власника одмерава се с обзиром на тренутак када је он добио ствар натраг.⁷⁹² Стога, иако се у чл. 1041 не спомиње савесност, о њој се води рачуна када се одређује обим новчане реституције.⁷⁹³

Колика је блискост између кондикционе и верзионе одговорности у аустријском праву, показује то што се реституција врши по истим начелима.⁷⁹⁴ Обогаћени одговара за износ остварене користи узимајући у обзир тренутак када је она настала.⁷⁹⁵ Због тога евентуални накнадни нестанак користи (*Wegfall der Bereicherung*) не утиче на његову одговорност. Важна разлика у односу на немачко право⁷⁹⁶ огледа се у томе што обогаћени сноси ризик нестанка користи.⁷⁹⁷

5.5 НЕМАЧКО ПРАВО

Немачки грађански законик из 1900. године је међу првим кодификацијама⁷⁹⁸ у којима је прописан институт неправедног обогаћења

⁷⁹¹ Када је држалац савестан, прописује чл. 326 ABGB: „Ко из вероватних основа ствар коју држи сматра за своју јесте поштен држалац. Непоштен је држалац онај, који зна, или који из околности мора претпостављати, да ствар, коју он држи, другоме припада. Услед заблуде у фактима или услед незнања законских прописа може неко бити незаконит (чл. 316) па ипак поштен држалац.” Превод Д. Аранђеловић (1906), 44–45.

⁷⁹² М. Schwimann, 1068.

⁷⁹³ Вид. више *Ibid.*, 1069–1070. Савесно лице плаћа накнаду за коришћење ствари према просечној тржишној цени и њему припадају сви одвојени плодови (чл. 330), док несавесно лице плаћа према највишој тржишној цени и дужно је да врати све плодове, чак и оне које је пропустило да убере (чл. 335). Изузетак постоји само ако су плодови убрани, то јест ако је остварена корист захваљујући посебном знању и способности туженог. У том случају он не враћа све плодове већ плаћа суму која се одмерава зависно од уложеног рада. Вид. S. Perner, M. Spitzer, G. Kodek, 371.

⁷⁹⁴ М. Schwimann, 1068.

⁷⁹⁵ Обим кондикционе одговорности такође се одмерава према тренутку стицања.

⁷⁹⁶ Имајући у виду чл. 818, ст. 3 BGB ризик нестанка обогаћења сноси осиромашени.

⁷⁹⁷ Према чл. 1447, савесно лице се ослобађа верзионе одговорности једино ако је ствар случајно пропала, под условом да од ње није претходно остварило никакву корист. Вид. М. Schwimann, 1068.

⁷⁹⁸ Пре њега то је учинио Швајцарски законик о облигацијама у чл. 62–67.

(*Ungerechtfertigte Bereicherung*). У чл. 812–822 Законика на општи начин је уређена реституција неосновано постигнуте користи на терет другог.

5.5.1. РАЗЛИЧИТИ МОДЕЛИ РЕСТИТУЦИЈЕ

Реституција се у немачком грађанском праву не остварује само применом института неоснованог обogaћења будући да постоји још шест модела реституције. Први се тиче повраћаја извршеног на основу уговора који је раскинут након што су обе или једна страна извршиле дуговану чинидбу (чл. 346 BGB). За разлику од англосаксонског права, у којем се реституција извршених престација на основу раскинутог уговора третира као случај неоснованог обogaћења, у немачком праву она је уређена правилима уговорног права.⁷⁹⁹ Други аутономни модел реституције уређен је правилима о пословодству без налога (*Geschäftsführung ohne Auftrag*, чл. 677–687 BGB), које се, као и у осталим европскоконтиненталним правним порецима, издвојило у посебан институт одвојен од неоснованог обogaћења. Трећи модел се тиче реституције добити остварене извршењем деликта. И док у англосаксонском праву постоји спор поводом тога да ли неосновано обogaћење обухвата случајеве остварења добити извршењем деликта, у Немачкој, нарочито када је реч о повреди права интелектуалне својине, судска пракса *Bundesgerichtshof*-а показује да тужилац може бирати између захтева за накнаду штете и предаје добити коју је тужени остварио повредом тужиочевог права интелектуалне својине.⁸⁰⁰ Четврти модел реституције уређен је стварним правом. Однос између власника и држаоца може бити уређен троврсним реституторним захтевом. Први представља својинску тужбу из чл. 985 BGB. Друга врста реституторног захтева усмерена је на потраживање користи (*Nutzungen*)⁸⁰¹ коју је држалац остварио неосновано користећи туђу ствар (на пример, живећи у туђој кући). Трећи захтев представља

⁷⁹⁹ Вид. више G. Dannemann, 60–74.

⁸⁰⁰ Осим те две могућности, тужилац располаже и трећом, која се огледа у захтеву за исплатом разумне подвчане накнаде која се иначе плаћа за добијање лиценце. *Ibid.*, 15.

⁸⁰¹ Корист се огледа у плодовима које ствар даје као и у погодностима које настају њеном употребом. Вид. чл. 100 BGB.

противзахтев туженог држаоца, којим он од власника потражује накнаду трошкова које је имао поводом ствари. Обим реституције у тим случајевима зависи од савесности држаоца.⁸⁰² Пети модел реституторног захтева представља потраживање сурогата. Наиме, ако је предмет који се потражује (предмет престације) уништен, потрошен, пуноважно пренесен трећем лицу и слично, поверилац има право на вредност коју је дужник добио као замену за уништени, оштећени или отуђени предмет.⁸⁰³ Последњи, шести модел реституције јесте законска цесија (*cessio legis*) која представља ступање у права дотадашњег повериоца по сили закона (*ex lege*).⁸⁰⁴ Реч је о томе да је тужилац исплатио тужеников дуг према трећем лицу, због чега аутоматски стиче право потраживања исплаћеног повериоца. С обзиром на то да дужник остаје и даље одговоран по истом потраживању, не стиче никакву корист, због чега у немачком праву случајеви законске цесије не представљају неосновано обогаћење.⁸⁰⁵ У енглеском праву случајеви законске цесије углавном су уређени путем суброгације и, за разлику од немачког права, чине део неоснованог обогаћења.

⁸⁰² Постоје четири врсте држаоца: савестан који је теретно дошао у посед ствари (*bona fide, redliche Besitzer*, чл. 993. BGB), савестан који је бесплатно дошао у посед ствари (*bona fide, unentgeltliche Besitzer*), несавестан (*mala fide, bösgläubige Besitzer*) и држалац који је у посед ствари дошао извршењем деликта (*deliktischer Besitzer* чл. 992. BGB). Савестан држалац који је теретно стекао државину ствари није дужан да накнади корист коју је имао од њене употребе због чега се искључује свака паралела са неправедним обогаћењем. У остала три случаја врши се реституција користи упућивањем на правила о неправедном обогаћењу. Тако је савестан држалац који је до ствари дошао бесплатно обавезан на предају преостале користи (чл. 988. BGB). Несавестан држалац је дужан да преда целокупну корист коју је остварио. Осим тога, он је обавезан да надокнади и вредност користи коју је пропустио да оствари (чл. 987, ст. 2. BGB). Држалац који је до ствари дошао извршењем деликта може бити позван на одговорност по два основа: накнаде штете и неправедног стицања користи настале извршењем деликта. Вид. G. Dannemann, 89–91.

⁸⁰³ Вид. 285 BGB.

⁸⁰⁴ У Немачком грађанском законнику предвиђено је неколико ситуција законске цесије: јемац који исплати обавезу главног дужника ступа у потраживање дотадашњег повериоца према дужнику (чл. 774), лице које уместо родитеља даје издржавање детету има право регреса према родитељу (чл. 1607, ст. 2. и 3), солидарни дужник који исплати дуг има право регреса према осталим солидарним дужницима (чл. 426, ст. 2) и др.

⁸⁰⁵ G. Dannemann, 17.

5.5.2. НЕПРАВЕДНО ОБОГАЋЕЊЕ (*UNGERECHTFERTIGTE BEREICHERUNG*)

У чл. 812, ст. 1 прописано је опште правило о неоснованом обogaћењу: „Ко чинидбом другога или на неки други начин на штету другога што добије без правног основа, обавезан му је на повраћај. Ова обавеза постоји и онда кад правни основ доцније отпадне или кад не наступи успех, који је, према садржини правног посла, био циљ чинидбе.”⁸⁰⁶ Према доминантној теорији (тзв. *Trennungstheorie*), захтев из неоснованог обogaћења прописан тим чланом подељен је на две велике групе: *Leistungskonditionen* и *Nichtleistungskonditionen*.⁸⁰⁷ Подела је извршена према томе да ли је тужени предмет обogaћења стекао на основу чинидбе (*die Leistung*) тужиоца или на други начин (*in sonstiger Weise*).

5.5.2.1. *Leistungskondition*

Die Leistung представља свесно и циљно повећање туђе имовине (*bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens*).⁸⁰⁸ Први део чл. 812, ст. 1 управо говори о неоснованом обogaћењу насталом чинидбом осиромашеног лица („Ко чинидбом другога...”). *Leistungskondition* обухвата четири врсте чињеничног стања која се разликују према недостајућем основу и за које се у теорији користе називи римских кондикција: *condictio indebiti* (чл. 812, ст. 1), *condictio ob causam finitam* (чл. 812, ст. 1), *condictio causa data causa non secuta* (чл. 812, ст. 1), *condictio ob turpem vel iniustam causam* (чл. 817).

Прво и основно чињенично стање представља исплата недугованог (*condictio indebiti*, чл. 812, ст. 1) код које правни основ не постоји у тренутку

⁸⁰⁶ Превод Ч. Марковић, 118.

⁸⁰⁷ Dirk Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil* (9. Auflage), München 2014, 368.

⁸⁰⁸ G. Dannemann, 26; D. Looschelders, 371.

извршења чинидбе. До обogaћења туженог долази стога што му је тужилац извршио непостојећи дуг.⁸⁰⁹

Уколико је у тренутку извршења чинидбе правни основ постојао али је накнадно нестао, реч је о кондикцији *ob causam finitam*⁸¹⁰, која представља друго чињенично стање.⁸¹¹

Треће чињенично стање настаје чинидбом извршеном са одређеним циљем који се није остварио (*condictio causa data causa non secuta*).⁸¹² Циљ се огледа било у понашању примаоца чинидбе које не може представљати предмет уговорне обавезе⁸¹³, било у будућем заснивању облигационог односа између извршиоца и примаоца чинидбе или између примаоца чинидбе и трећег лица.⁸¹⁴

⁸⁰⁹ Вид. више D. Looschelders, 369–376.

⁸¹⁰ Чл. 812, ст. 1: „...Ова обавеза постоји и онда кад правни основ доцније отпадне...”

⁸¹¹ Та врста кондикције примењује се, на пример, у случају исплате осигуравајућег друштва за изгубљен или украден предмет по основу уговора о осигурању. Уколико предмет накнадно буде пронађен и враћен власнику, осигуравајуће друштво има право повраћаја исплате на основу кондикције *ob causam finitam*. Вид. G. Dannemann, 49.

⁸¹² Чл. 812, ст. 1: „...или када не наступи успех, који је, према садржини правног посла био циљ чинидбе“.

⁸¹³ Тако је, на пример, фармер пренео својину на фарми својој одбеглој жени како би је одобрвољио да му се врати. Како она то није учинила, фармер је могао повратити фарму применом кондикције *causa data causa non secuta*. Вид. RG 18.1.1923, Seuff Arch 78 (1924) n. 124. Нав. према G. Dannemann, нав. дело, 46. Реституција обogaћења насталог чинидбом која је извршена са циљем који се није остварио примењује се у битно другачијим околностима од оних које су постојале у римском праву и због којих је та врста кондикције настала. Наиме, захваљујући ограниченом броју римских контраката, многи неформални споразуми остајали су незаштићени. Страна која је савесно извршила чинидбу на основу таквог споразума у почетку није могла принудити другу страну на извршење противчинидбе. Међутим, она је могла захтевати повраћај датог због изостанка противчинидбе. Дакле, и у римском праву *condictio causa data causa non secuta* додељивала се онда када је једна страна извршила чинидбу са циљем који није наступио, при чему се циљ огледао у извршењу противчинидбе. У савременом праву влада начело консензуализма, према којем сваки споразум који је у складу са јавним поретком, моралом и добрим обичајима има за последицу настанак уговора. Осим тога, правна дејства споразума могу бити модификована постављањем раскидног услова на начин да опстанак посла зависи од наступања одређеног циља. Због тога кондикција *causa data causa non secuta* има уско поље примене. Она се примењује у ситуацији када је тужилац извршио чинидбу у корист туженог, а ради добијања противчинидбе већ због остварења циља поводом кога су се обе стране сагласиле а који представља разлог тужиоачеве чинидбе.

⁸¹⁴ Једно лице да капару пре него што је купопродајни уговор закључен. С обзиром на то да је исплата извршена ради склапања уговора, уколико до њега не дође, повраћај капаре остварује се применом кондикције *causa data causa non secuta*. У том случају не примењује се кондикција *indebiti* јер је извршилац у тренутку извршења знао да није дужан извршити чинидбу. Он ју је управо извршио у очекивању заснивања правног основа – купопродајног уговора. Вид. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Besonderer Teil (11. Auflage), München 1977, 492.

Притом је неопходно да су се обе стране изричито или прећутно сагласиле о циљу чинидбе.⁸¹⁵ Осим тога, циљ не сме бити неморалан или противправан. Уколико је чинидба извршена са неморалним или противправним циљем, примењује се кондикција *ob turpem vel iniustam causam*.⁸¹⁶ Да би та кондикција била примењена, потребно је да нечасност, односно противправност не пада на терет извршиоца чинидбе. Уколико је (и) он поступио неморално, односно противправно, реституција се ускраћује.⁸¹⁷

5.5.2.2. Реституција обогаћења насталог „на други начин” (*in sonstiger Weise*)

У чл. 812 прописује се обавеза повраћаја не само обогаћења које је настало чинидбом тужиоца, већ и на било који други начин.⁸¹⁸ Обогаћење настало „на други начин” санкционише се трима врстама кондикције: *Eingriffskondiktion*, *Verwendungskondiktion*, *Rückgriffskondiktion*.⁸¹⁹

5.5.2.2.1. *Eingriffskondiktion*

Та врста кондикције примењује се за повраћај обогаћења насталог неовлашћеним задирањем у туђе право. Тужени је без допуштања употребио

⁸¹⁵ D. Looschelders, 378.

⁸¹⁶ Чл. 817 BGB: „Ако је циљ неке чинидбе био одређен тако, да се је прималац пријемом огрешио о неку законску забрану или добре обичаје, прималац је обавезан на повраћај. Повраћај је искључен, ако даваоцу исто тако на терет пада погрешка, осим ако се чинидба састојала у узимању неке обавезе; повраћај онога што је дато у циљу извршења таквог уговора не може се тражити.” Превод. Ч. Марковић, 119.

⁸¹⁷ D. Looschelders, 380–381.

⁸¹⁸ У теорији постоји спор око тумачења чл. 812 BGB – у делу „на други начин – *in sonstiger Weise*”. Чињеница да се у том члану нигде изричито не употребљава термин *condictio*, била је додатни аргумент присталицама схватања да су њиме обухваћени како случајеви кондикције – „ко чинидбом другог”, тако и случајеви верзије – „на други начин”. Вид. Ј. Даниловић, „Неосновано обогаћење”, *Анали ПФБ*, 1-4/2001, 506. Преглед различитог тумачења чл. 812 BGB вид. F. Giglio, 78–93.

⁸¹⁹ G. Dannemann, 87–121.

право тужиоца и тако остварио корист.⁸²⁰ Најчешће су то случајеви употребе или потрошње туђе ствари. За спајање, мешање ствари различитих власника, прераду туђе ствари такође се примењује та врста кондикције. До задирања у туђе право најчешће долази актом обogaћеног лица. Међутим, до њега може доћи и актом трећег лица или без људског деловања (понашањем животиња, дејством природних догађаја).⁸²¹

Неовлашћено задирање у туђе право може представљати противправну радњу, али она није услов примене те врсте кондикције.⁸²² Разлог њене примене објашњава се помоћу тзв. *Zuweisungstheorie* коју је развио аустријски аутор Вилбург (*Wilburg*) а прихватио немачки теоретичар фон Кемерер (*von Caemmerer*) и која је данас доминантна у немачкој литератури и пракси.⁸²³ Према тој теорији, ако се према правним правилима о расподели и стицању добара корист приписује неком другом а не обogaћеном лицу, она је неоснована и треба је вратити ономе коме припада. Одлучујуће је, дакле, да корист остварена задирањем у туђе право припада његовом титулару (тужиоцу), а не обogaћеном (туженом).⁸²⁴ Предуслов приписивања користи јесте да је право са становишта правног поретка подобно за економско искоришћавање. Право својине подобно је за економско искоришћавање, због чега правни поредак добит остварену његовом повредом приписује власнику.⁸²⁵ Исто важи и за права интелектуалне својине.⁸²⁶ Када је реч

⁸²⁰ D. Looschelders, 383.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*, 384.

⁸²³ G. Dannemann, 94.

⁸²⁴ Ако је купац неовлашћено издао ствар у подзакуп, купоподовац нема право да од купца захтева предају подзакупнине. Иако је подкупац делао противправно, правни поредак куподавцу не приписује добит коју је купац остварио издавањем ствари у подзакуп. Вид. BGHZ 131, 297, *нав. према* D. Looschelders, 384.

⁸²⁵ У немачкој судској пракси истичу се два случаја поводом којих је одлучивано да ли и када власник има искључиво право да изглед предмета својине користи за остваривање добити. Спор се јавио у вези са тим да ли власник зграде има искључиво право да њен изглед искоришћава у економске сврхе. Наиме, тужени је без сагласности тужиоца (власника зграде) продавао разгледнице на којима је била фотографија зграде. *Bundesgerichtshof* је у случају у коме је зграда усликана са места које је у власништву имаоца зграде дозволио реституцију остварене добити од продаје разгледница, док је у другом случају када је фотографија зграде направљена са јавног места одбио реституцију. Образлажући одлуку у другом случају суд је изрекао да је свако овлашћен да са јавног места фотографише туђу зграду и остварује добит продајући фотографије. Напротив, добит од продаје фотографија зграде направљене са места које је у приватном

о правима личности, постоји расправа о томе да ли добит остварена њиховом повредом може бити реституисана. Према актуелном доминантном схватању, могућност реституције зависи од тога да ли је одређено право личности подобно да буде комерцијализовано.⁸²⁷ Примери права личности која се могу економски искоришћавати јесу право на изглед и име. *Eingriffskondiktion* се примењује и за повраћај добити остварене повредом законских прописа који се односе на конкуренцију и забрану монополског положаја привредних субјеката.⁸²⁸

У немачком праву тужилац не мора да доказује осиромашење да би остварио реституцију.

Пракса немачких судова на основу које се претпоставља осиромашење тужиоца установљена је поводом санкционисања обogaћења „на други начин”. Наиме, доказивање осиромашења у виду претрпљене штете није услов досуђивања реституције добити.⁸²⁹ *Eingriffskondiktion* подиже лице коме правни поредак приписује корист од економског искоришћавања права. За својину је то власник, док је за нематеријална добра то њихов ималац. Они подижу кондикцију чак и када нису претрпели умањење имовине.⁸³⁰ За примену *Eingriffskondiktion* тужилац не мора да доказује своје осиромашење већ је довољно да је тужени остварио добит повредом права тужиоца коју правни поредак приписује титулару права.⁸³¹ Маргинализовање осиромашења као елемента неоснованог обogaћења у

власништву припада власнику. За први случај вид. BGH 20.9.1974, NJW 1975, 778. а за други BGH 14.3.1989, NJW 1989, 2251. *Нав. према* G. Dannemann, 97.

⁸²⁶ Немачки судови у случајевима повреде права интелектуалне својине углавном досуђују реституцију у износу одговарајуће накнаде која се плаћа за добијање лиценце за коришћење датог права. *Ibid.*, 95.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ *Ibid.*, 96.

⁸²⁹ *Ibid.*, 102.

⁸³⁰ D. Looschelders, 386.

⁸³¹ Немачки судови су још пре ступања на снагу Немачког грађанског законика досуђивали реституцију без обзира на то да ли је тужилац претрпео штету. Тако је у случају *Ariston* тужена компанија која је производила музичке уређаје са траком на којој су биле снимљене различите песме, од којих је једну компоновао тужилац од кога није тражена сагласност да његова песма буде искоришћена у те сврхе. Огроман успех који је стекао уређај „Аристон” имао је за последицу да до тада непознати композитор буде прослављен. Упркос парадоксалној чињеници да тужилац од неовлашћеног објављивања није имао штете већ користи, *Reichsgericht* је усвојио

судској пракси дало је повода италијанском аутору Галу (*Gallo*) да у својој монографији о том институту закључи како се у немачком праву за примену опште тужбе из неоснованог обogaћења захтевају само три елемента: обogaћење једне стране (туженог) на рачун друге (тужиоца), које мора наступити непосредно и које је неосновано.⁸³²

Непосредност обogaћења је општи услов који се у немачком праву захтева за примену свих врста кондикције. Неопходно је, дакле, да је тужени непосредно остварио корист на терет имовине тужиоца.⁸³³ Задирање у туђе право које претпоставља примену *Eingriffs* кондикције само по себи указује на непостојање основа обogaћења. Када правни основ постоји, онда се у туђе право не задире већ се оно врши на темељу овлашћења.

5.5.2.2.1.1. Располагање туђом ствари

Посебан случај *Eingriffs* кондикције представља располагање туђом ствари које је уређено у чл. 816, ст. 1 BGB. Оно може бити извршено уз накнаду или бесплатно.

Уколико је неко неовлашћено теретно располагао туђом ствари, при чему је савестан стицалац стекао својину на њој⁸³⁴, дотадашњи власник може само да подигне тужбу против отуђиоца којом захтева накнаду због изгубљене својине. О томе шта је предмет тужиоцевог захтева, постоје два схватања. Према владајућем мишљењу, захтев је усмерен на предмет противчинидбе савесног стицаоца који се најчешће огледа у купопродајној цени.⁸³⁵ Према другом схватању, отуђилац је према чл. 818, ст. 2 дужан да исплати вредност отуђене ствари.⁸³⁶ Те разлике у

његов захтев изрекаваши да он не мора да доказује да је претрпео штету да би имао право на реституцију. Види RG 8.6.1895, RGZ 35, 63. *Нав. према* G. Dannemann, 102.

⁸³² P. Gallo (1990), 15.

⁸³³ Изузетак представљају чл. 816, ст. 2 и чл. 822 BGB. Њима је прописано да се, у случају да је предмет обogaћења пренет трећем лицу на основу доброчиног располагања, тужба подноси директно против трећег лица.

⁸³⁴ Вид. чл. 932, 892, 2366. BGB

⁸³⁵ D. Looschelders, 390.

⁸³⁶ *Ibid.*

схватањима долазе до изражаја онда када је сума коју је тужени добио на основу отуђења већег износа од објективне вредности ствари. У ситуацији када је неко неовлашћено бестеретно располагао туђом стварју тужилац подиже кондикцију директно против трећег лица (стицаоца) којом захтева предају стеченог. У немачком праву по правилу се захтева да је обogaћени непосредно остварио корист на терет осиромашеног. Утолико чл. 816, ст. 1 представља изузетак, имајући у виду да се на основу њега врши повраћај посредно остварене користи.

5.5.2.2.1.2. *Durchgriffskondiktion*

Други изузетак од правила непосредног стицања користи уређен је чл. 822. У том случају једно лице је бесплатно располагао туђом ствари због чега та врста кондикције спада у подврсту *Eingriffs* кондикције. Међутим, за разлику од чл. 816, располагање овде није било неовлашћено јер је учињено од лица које је ствар стекло од тужиоца али које није било пуноважно. Уколико је стицалац био савестан (оправдано је веровао у основаност и коначност свог стицања) па је даље бесплатно располагао стварју у корист трећег лица, тужени нема интереса да кондикцију подигне против њега (*Leistungskondiktion*) јер он може истаћи приговор о нестанку обogaћења на основу чл. 818, ст. 3. Да осиромашено лице не би остало без заштите, оно се овлашћује да тужбу којом захтева предају стеченог подигне директно против трећег лица. Омогућавање подизања тужбе непосредно против трећег лица овде као и у чл. 816 ст. 1 заснива се на слабијој заштити бесплатног стицаоца у односу на оног који је до ствари дошао теретно.⁸³⁷ Ако је, пак, стицалац био несавестан, он се не може позвати на нестанак обogaћења па осиромашени подиже тужбу (*Leistungskondiktion*) против њега а не против трећег лица. У ситуацији када је могуће применити *Leistungskondiktion* она искључује примену кондикције којом се санкционише обogaћење настало „на други начин” (*Nichtleistungskondiktion*).⁸³⁸

⁸³⁷ *Ibid.*, 394.

⁸³⁸ *Ibid.*, 383.

5.5.2.2. *Verwendungskondition*

Обогаћење „на други начин” може настати и уколико једно лице сноси трошкове побољшања туђе ствари на основу којег се њен власник обогаћује. Том кондикцијом се потражује накнада трошкова, али се у немачком праву она примењује веома ретко. Разлог је у томе што кондикција за накнаду трошкова из чл. 812 има супсидијеран карактер те долази у обзир само ако се накнада трошкова у конкретном случају не може остварити применом ниједног другог правила.

У немачком праву постоји неколико механизма којима се остварује реституција због неовлашћено учињених трошкова туђе ствари. Реституција се најпре остварује применом правила стварног права када једно лице које неосновано држи туђу ствар учини трошкове њеног одржавања или побољшања.⁸³⁹ Осим тога, реституција се остварује и применом правила пословодства без налога у ситуацији када је тужилац свесно делао у интересу туженог и тим поводом имао издатке. Учињени трошкови могу бити предмет реституције и у области уговорног права.⁸⁴⁰ Уколико у конкретном случају не долази у обзир примена ниједног од тих правила реституције, примењује се *Verwendungskondition* као посебна фигура садржана у члану 812 BGB. Осим тога, она је искључена и када се у конкретном случају може применити *Leistungskondition*, то јест када је издатак учињен на име извршења чинидбе.

⁸³⁹ Обим реституције зависи од савесности држаоца. Тако савестан држалац који је у посед ствари дошао теретно, по повраћају ствари власнику има право да од њега захтева накнаду нужних трошкова које је имао поводом ствари (чл. 994 BGB) који не укључује уобичајене издатке њеног одржавања (на пример, трошкови сервисирања аутомобила представљају уобичајене издатке који се не надокнађују). Осим нужних, тај држалац је овлашћен на накнаду свих других трошкова који су довели до повећања вредности ствари које постоји у тренутку њеног враћања власнику (чл. 996 BGB). Ако је реч о несавесном држаоцу са којим се изједначава савестан у тренутку подизања тужбе против њега, право на повраћај нужних трошкова остварује се према правилима која за њих важе у случају пословодства без налога, то јест само ако чињење нужних трошкова одговара стварној или претпостављеној вољи власника ствари. Несавестан држалац нема право на накнаду корисних трошкова поводом чијег предузимања се власник није сагласио. Вид. G. Dannemann, 109.

⁸⁴⁰ Уколико уговор престане, свака од страна дужна је да врати оно што је по основу уговора примила. Међутим, страна којој је на основу уговора била предата ствар поводом које је имала трошкове, након њеног повраћаја овлашћена је да од друге стране захтева накнаду трошкова (чл. 347. BGB). *Ibid.*, 73–74.

Из тих разлога поље примене кондикције за накнаду трошкова веома је сужено и своди се на неколико случајева из судске праксе. Први од њих састоји се у томе да је тужилац узео у закуп земљиште од своје тетке и сносио трошкове састављања њеног тестаментa у којем му је она легатом оставила закупљено земљиште.⁸⁴¹ Верујући да ће земљиште постати његово власништво, тужилац је на њему саградио кућу. У међувремену, тетка је променила мишљење, саставила нови тестамент којим је опозвала легат и умрла. Како је земљиште заједно са кућом припало наследнику, тужилац је од њега захтевао да му надокнади вредност куће. Савезни суд (*Bundesgerichtshof*) усвојио је тужиочев захтев примењујући кондикцију *causa data causa non secuta*, а не кондикцију за накнаду трошкова (*Verwendungskondiktion*).⁸⁴² Кондикција *causa data causa non secuta* није се могла применити јер се изградња куће не може тумачити као извршење чинидбе (*Leistung*) усмерене на повећање имовине туженог (наследника). Тужилац је предузео радове верујући да гради на земљишту које ће постати његово власништво. Чак и да је суд исправно поступио и применио кондикцију за накнаду трошкова (*Verwendungskondiktion*), то не би имало практичног значаја јер су обе кондикције обухваћене чланом 812 BGB. *Bundesgerichtshof* је изричито применио ту врсту кондикције у једном другом случају, у којем су родитељи поклонили свом сину дворац, задржавајући за себе до краја живота право искључиве употребе базена и стаје, као и заједничку употребу баште и неколико соба у приземљу.⁸⁴³ Како је син спречавао родитеље да користе те објекте, они су опозвали поклон на основу чл. 530, ст. 1 BGB. Према чл. 531, ст. 2 поклонодавац након опозива поклона његов предмет потражује према правилма о неправедном обогаћењу. Пошто је син у међувремену имао трошкове због побољшања куће, подигао је противзахтев за њихову накнаду. *Bundesgerichtshof* му је досудио накнаду трошкова на основу *Verwendungskondiktion* у обиму у којем је вредност куће увећана у тренутку опозива поклона.

⁸⁴¹ Вид. BGH 29.11.1965, BGHZ 44, 321. *Ibid.*, 113.

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Вид. BGH 19.1.1999, BGHZ 140, 275. *Ibid.*, 114.

5.5.2.2.3. Rückgriffskondiktion

Rückgriffskondiktion је трећа врста кондикције која је обухваћена обогаћењем „на други начин” из чл. 812 BGB. Она има резидуални карактер и примењује се када није могуће применити ниједну другу кондикцију. Уско поље примене те кондикције своди се на три ситуације. У првој је тужилац у заблуди да је дужан да изврши обавезу према трећем лицу, при чему је у стварности тужени обвезан да је испуни.⁸⁴⁴ Тако, на пример, већински власник исплати порески дуг компаније погрешно, верујући да је солидарни дужник и да је на то обавезан. Исплатилац не може захтевати повраћај плаћеног од примаоца (пореског органа) јер он има ваљан основ стицања те није примио недуговано. Осим тога, исплатилац не може подићи ни *Leistungskondiktion* против компаније због тога што је чинидбу извршио пореском органу, а не компанији. Међутим, исплатилац има право повраћаја од компаније применом *Rückgriffskondiktion* која долази у обзир када се реституција захтева не од примаоца већ од другог лица.

Друга ситуација се јавила у пракси поводом погрешне исплате осигуране суме. Осигуравајуће друштво је било у заблуди да је обавезно да плати трошкове лечења једанаестогодишње девојчице која је повређена у саобраћајној несрећи.⁸⁴⁵ Иако је исплатилац имао право да подигне *Leistungskondiktion* против девојчице, он се определио да повраћај потражује од њеног оца, полазећи од тога да је он у својству њеног законског заступника био обавезан да плати трошкове лечења. Тужилац је успео у спору тако да је отац био дужан да изврши реституцију на основу *Rückgriffskondiktion*.

Трећа ситуација је најпроблематичнија зато што је тужилац платио туђ дуг знајући да на то није обавезан, због чега му се на основу чл. 814 BGB ускраћује кондикција на основу чинидбе (*Leistungskondiktion*).⁸⁴⁶ Судска пракса,

⁸⁴⁴ *Ibid.*, 118-119.

⁸⁴⁵ Вид. BGH 15.5.1986, NJW 1986, 2700. *Ibid.*, 119.

⁸⁴⁶ Чл. 814 BGB: „Повраћај оног што је дато у циљу испуњења неке обавезе не може се тражити, кад је давалац знао, да на чинидбу није обавезан или кад чинидба одговара некој моралној дужности или обзиру реда.” Превод Ч. Марковић, 119.

међутим, у том случају додељује *Rückgriffskondiktion*.⁸⁴⁷ Додела те врсте кондикције у супротности је са чл. 814, који се примењује у свим случајевима извршења чинидбе са циљем гашења обавезе, без обзира на то да ли је реч о исплатиочевој или туђој обавези.⁸⁴⁸ Стога у теорији постоји став да додела кондикције у наведеном случају има карактер изузетка од општег правила из чл. 814, које се односи на обогаћење настало чинидбом тужиоца.⁸⁴⁹ Отуда могућност да повраћај изврши лице које је знало да није обавезно на исплату дуга не треба третирати као посебну кондикциону фигуру обогаћења насталог „на други начин” већ као обогаћење настало чинидбом тужиоца (*Leistungskondiktion*) на које се не примењује чл. 814.⁸⁵⁰ Усвајањем тог тумачења изостаје било каква потреба да се *Rückgriffskondiktion* примени у тој ситуацији.

Врсте реституције и обим одговорности из неправедног обогаћења

Обим одговорности прописан је чл. 818–820 BGB, који се примењују и за обогаћење настало тужиочевом чинидбом (*Leistungskondiktion*) и за обогаћење настало „на други начин” (*Eingriffskondiktion*, *Verwendungskondiktion*, *Rückgriffskondiktion*).

У немачком праву предност се даје натуралној реституцији јер се примарно враћа примљени предмет обогаћења.⁸⁵¹ Једино уколико се повраћај не може извршити у природи, досуђује се новчана реституција.⁸⁵²

Реституторни захтев из неправедног обогаћења је облигационоправне природе јер тужилац према туженом стиче право потраживања усмерено на

⁸⁴⁷ Вид. BGH 22.10.1975, WM 1975, 1235. *Нав. према* G. Dannemann, 119.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, 120.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, 121.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, 120.

⁸⁵¹ Уколико се неправедно обогаћење састоји у томе што је тужени неосновано стекао потраживање према тужиоцу, повраћај се огледа у ослобађању тужиоца од обавезе према туженом. Ако је поверилац тужио дужника пре него што је овај захтевао ослобођење од обавезе према чл. 812 и 818 BGB, дужник се може одбранити приговором. Право приговора проистиче из чл. 821 BGB, који гласи: „Ко се обавезе без правног основа, испуњење може одбити и онда кад је застарело право на ослобођење од обавезе.” Превод Ч. Марковић, 120.

⁸⁵² Чл. 818, ст. 2 BGB: „Ако је повраћај немогућ због својстава онога што је добијено или ако прималац са другог неког разлога није у стању да поврати, дужан је да накнади вредност.” *Ibid.*, 119.

повраћај односно предају неосновано стечене користи. Притом, у немачком праву начелно је утуживо само непосредно обogaћење. Осиромашени је по правилу овлашћен да тужи искључиво непосредног стицаоца користи.⁸⁵³ Уколико је он предметом обogaћења даље располагао, осиромашени не може тужити треће лице. Изузетак је случај савесног стицаоца (који није знао да је неосновано стекао корист) који је предметом обogaћења бесплатно располагао у корист трећег лица. Тада осиромашени може директно да тужи треће лице и од њега захтева реституцију.⁸⁵⁴ Тај изузетак је уведен због тога што се осиромашено лице не жели оставити без заштите. Наиме, уколико би он тужио непосредног стицаоца који је био савестан, не би успео у спору јер се овај може одбранити приговором нестанка обogaћења (*Wegfall der Bereicherung*). Зато се осиромашени овлашћује да реституцију потражује непосредно против трећег лица – бесплатног стицаоца користи. Другачија је ситуација уколико је стицалац био несавестан⁸⁵⁵ па је теретно располагао предметом обogaћења. У том случају он је дужан да осиромашеном преда накнаду коју је примио на основу располагања. То се остварује применом технике супституције на основу које се тужени обавезује да уместо првобитног предмета обogaћења преда други предмет – његов сурогат.⁸⁵⁶ Он се може састојати не само у телесној ствари већ и у праву потраживања према трећем лицу, а у том случају је тужени дужан да га пренесе на тужиоца. Могућност примене супституције садржана је у чл. 818, ст. 1: „Обавеза на повраћај простире се на вучене користи, као и на оно што прималац прибави на

⁸⁵³ G. Dannemann, 128.

⁸⁵⁴ Чл. 816, ст. 1 BGB: „Ако невласно лице са неким предметом учини расположење, које има дејства према власном лицу, обавезно је да власном лицу изда оно што је добило расположењем. Ако је расположење учињено бесплатно, иста обавеза погађа онога који је на основу расположења непосредно прибавио неку правну корист”; чл. 822 BGB: „Ако прималац оно што је добио бесплатно да трећем, овај је, у колико је с тога искључена обавеза примаоца на повраћај обogaћења, обавезан на повраћај као да је оно што му је дато без правног основа добио од повериоца.” Превод. Ч. Марковић, 119, 120.

⁸⁵⁵ У чл. 819, ст. 1 BGB објашњава се када се стицалац сматра несавесним: „Ако прималац при пријему зна за оскудицу правног основа или ако за њу дозна доцније, од пријема или од сазнања одговоран је за повраћај, као да је у то време почео спор за повраћај.” *Ibid.*, 120.

⁸⁵⁶ О супституцији у оквиру института неправедног обogaћења вид. више G. Dannemann, 128–132.

основу добијеног права или као накнаду за поништај, оштећење или одузимање добијеног предмета.⁸⁵⁷

Иако се у теорији правно неосновано обогаћење настало чинидбом тужиоца рашчлањује на посебне фигуре за које се користе називи римских кондикција, немачко право не познаје римску кондикциону одговорност већ прописује „чисту” одговорност из неоснованог обогаћења. Кондикциони случајеви, од којих је најважнија исплата недугованог, решавају се применом општих правила о неправедном обогаћењу, због чега се тужени може позвати на нестанак обогаћења (*Wegfall der Bereicherung*) из чл. 818, ст. 3, у којем се прописује да се реституција врши у обиму у којем постоји обогаћење у тренутку подизања тужбе.⁸⁵⁸ Неопходност постојања користи туженог у тренутку постављања захтева одступа од римскоправног режима примене кондикције који начелно није водио рачуна о нестанку обогаћења туженог.

5.6. АНГЛОСАКСОНСКО ПРАВО

Правно неосновано обогаћење у англосаксонском праву уређено је битно другачије него у континенталном праву. Разлог је у томе што су континентални правни пореци засновани на реципираном римском праву док су државе англосаксонског права имале свој независан правни пут. Услед непостојања везе са римским правом, англосаксонско право не познаје ни кондикцију ни верзиону тужбу. Осим тога, њему је страна и општа тужба из неоснованог обогаћења. Уместо тих правних средстава карактеристичних за континентално право, англосаксонско право је изградило своја *common law* (*quantum meruit, quantum velebet, money had and received* и др.) и *equity* средства (*constructive trust, equitable lien, subrogation* и др.) којима се остварује повраћај неосновано стечене користи. Сва она се изучавају у оквиру права реституције (*Law of Restitution*), које је настало управо повезивањем тих правних средстава на темељу принципа који је

⁸⁵⁷ Превод. Ч. Марковић, 119.

⁸⁵⁸ Чл. 818. ст. 3: „Обавеза на повраћај или накнаду вредности искључена је, у колико прималац више није обогаћен.” Превод Ч. Марковић, *нав. дело*, стр. 120.

настао још у римском праву, а који се састоји у забрани правно неоснованог обогаћења на рачун другог. Иако је англосаксонско право санкционисало различите случајеве правно неоснованог обогаћења, дуго времена је одбијало да призна постојање једног општег начела о забрани стицања користи на туђ рачун. Принцип забране неоснованог обогаћења у Енглеској је Дом лордова признао тек 1991. године (*House of Lords*) у спору *Lipkin Gorman (a firm) v. Karpnale Ltd.* У Сједињеним Америчким Државама тај принцип је признат још 1937. године у *American Law Institute's Restatement of the Law of Restitution, Quasi-Contracts and Constructive Trusts*. Од тада почиње интензивно научно интересовање за област правно неоснованог обогаћења, које ни данас не јењава.

5.6.1. ОДНОС ПРАВА РЕСТИТУЦИЈЕ И НЕПРАВЕДНОГ ОБОГАЋЕЊА

Право реституције (*The Law of Restitution*) уређује право на повраћај (*restitution*) које извире из одређеног догађаја (*causative event*).⁸⁵⁹ У англосаксонском праву признато је неколико догађаја који проузрокују настанак права која се могу судским путем остварити.⁸⁶⁰ Сви догађаји могу се поделити у три основне групе: прва се заснива на сагласности (*consent*)⁸⁶¹, другу чине деликти (*torts*), а трећу неправедно обогаћење (*unjust enrichment*). Осим тога, постоји и четврта мешовита група у коју спадају разноврсни догађаји (*miscellaneous events*) попут незваног вршења туђих послова⁸⁶² или догађаја који ствара обавезу плаћања пореза (*taxable event*).⁸⁶³ Наступањем одређеног догађаја не мора нужно настати право на повраћај (*restitution*). Уместо њега може настати право на накнаду штете

⁸⁵⁹ Peter Birks, *Unjust Enrichment* (Second edition), Oxford 2005 (reprinted 2009), 17.

⁸⁶⁰ *All rights which can be realized in court arise from some event which happens in the world.* – „Сва права која могу бити остварена судским путем настају из неког догађаја који се дешава у свету.” *Ibid.*, 21.

⁸⁶¹ Првој групи припадају: контракт (*contracts*), тестамент (*will*), *trust*, *conveyance*. *Ibid.*

⁸⁶² Англосаксонско право није изградило институт који би био пандан континенталном пословодству без налога (*negotiorum gestio*). У судској пракси само изузетно се омогућавала реституција лицу које је свесно и вољно предузело посао у туђем интересу. Међутим, у последње време постају све бројнији изузеци на основу којих се незваном вршиоцу туђег посла додељује накнада. *Ibid.*, 23.

⁸⁶³ *Ibid.*, 22.

(*compensation*). Осим тога, наступање одређеног догађаја може проузроковати и кажњавање појединих његових учесника (*punishment*). Које право настаје из конкретног догађаја, зависи од циља који жели да се постигне. Уколико је циљ да једном лицу припадне корист коју је на његов рачун неосновано остварило друго лице, настаје право на реституцију (*gain-based recovery*).⁸⁶⁴ С друге стране, ако је циљ да лице које је претрпело штету буде обештећено, настаје право на накнаду штете (*loss-based recovery*).⁸⁶⁵

Континентални правници правно релевантне чињенице из којих настају права и обавезе називају изворима облигација. Отуда се у континенталном и англосаксонском праву исти правни феномен – правно неосновано обогаћење посматра из различитих углова. Континентални правници првенствено разматрају случајеве у којима до остваривања имовинске користи долази без правног основа (*sine causa*). Англосаксонским речником рекло би се да континентални правници првенствено разматрају догађаје из којих настаје право на реституцију. За њих је централни појам одсуство каузе, будући да он повезује разнородне случајеве стицања користи на терет другог. Реституција се намеће као саморазумљиво решење које се обично прописује општом штуром формулацијом о обавези повраћаја. С обзиром на то да законски текстови по правилу не садрже детаљна правила по којима се она врши, то остаје задатак науке и судске праксе. Исто тако у континенталном праву, за разлику од англосаксонског, није извршено обједињавање у једној целини свих средстава којима се остварује реституција. Отуда се у континенталном правним порецима питање повраћаја уређује у оквиру различитих института поводом којих се оно јавља. Тако, на пример, реституција престација извршених на темељу ништавог, поништеног или раскинутог уговора уређује се у оквиру излагања о контрактима.⁸⁶⁶ С друге стране, англосаксонски правници реституцију посматрају као одговор правног поретка на догађај у којем је једно лице неосновано остварило корист на терет другог лица. Правно

⁸⁶⁴ *Ibid.*, 24.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ У англосаксонском праву задржавање примљених престација на основу уговора од кога се одустало (*rescission*) представља случај неправедног обогаћења и уређује се у оквиру права реституције.

неосновано обогаћење представља само један од догађаја из којег настаје право на реституцију. Суштински гледано, реституција није субјективно право већ мера којом правни поредак уређује одређену непожељну ситуацију. Циљ те мере је да имовинска корист буде враћена лицу коме она припада.

Изучавање права реституције (*The Law of Restitution*) није ништа друго него изучавање разнородних правних средстава која делују *in rem* и *in personam* која повезује исти циљ који се огледа у повраћају стечене користи лицу на чији терет је она неправедно остварена.

5.6.2. ИСТОРИЈСКИ ПУТ ПРИЗНАЊА НЕПРАВЕДНОГ ОБОГАЂЕЊА КАО САМОСТАЛНОГ ИЗВОРА ОБЛИГАЦИЈА

Дуго времена у англосаксонском праву једина два извора облигација били су контракти и деликти. Захваљујући ригидности енглеског контрактног система који је налагао да споразумом буду обухваћени сви елементи уговора, многи споразуми остајали су незаштићени. Страна која је на основу споразума који није довео до закључења контракта извршила чинидбу није могла да натера другу страну на извршење противчинидбе. Осим тога, она није могла добити ни повраћај датог. Због тога се развијају квазиконтракти на основу којих је страни која је извршила чинидбу без пуноважног контракта признато право да од друге стране која није извршила противчинидбу добије новчану накнаду.

Настанак енглеских квазиконтраката везује се за почетак XVII века. У то доба долази до промене у контрактном систему тиме што се за примену тужбе *indebitatus assumpsit* која је била усмерена на извршење противчинидбе друге уговорне стране није више захтевало да је она изричито обећала испуњење обавезе.⁸⁶⁷

⁸⁶⁷ Тужба *assumpsit* је изворно представљала деликтно правно средство које се примењивало ради накнаде штете због повреде тела или оштећења ствари које је проузроковала радња туженог. Временом, њена примена је проширена и на случајеве у којима је тужилац претрпео штету поуздајући се у обећање тужиоца да ће извршити одређену чинидбу. Суштина тужбе се огледала у кршењу обећања туженог у које се тужилац поуздао, због чега је располагао сопственом имовином. Притом није имало значаја да ли је тужени или треће лице остварило

У Енглеској се за закључење пуноважног уговора захтевало да споразумом буду обухвећени сви елементи уговора. Уколико би заинтересоване стране пропустиле да се споразумеју око неког од њих, уговор није настајао. Проблем се јављао у ситуацији када је на основу непотпуног споразума једна страна извршила своју обавезу а друга није. Тада је савесна страна остајала без заштите јер није могла принудити другу страну ни на извршење противчинидбе ни на повраћај датог. Убрзо након проширења примене тужбе *indebitatus assumpsit* на случајеве када дужник није експлицитно обећао извршење обавезе, судови су лицу које је на основу неважећег уговора извршило престацију почели додељивати право на новчану накнаду. Судови су са таквом праксом започели најпре у области пружања услуга када споразумом није била обухваћена цена услуге. С обзиром на то да због тога уговор није настао, лице које је извршило услугу ризиковало је да не добије никакву накнаду. Увођењем квазиконтракта *quantum meruit* омогућено је извршиоцу услуге да, упркос неугвореној цени, добије одговарајућу новчану накнаду.⁸⁶⁸ За тај квазиконтракт претпоставља се да постоји прећутни споразум о цени услуге која одговара вредности извршене престације (*quantum meruit*). Временом, признање права на новчану накнаду без важећег уговора проширено је и на случајеве у којима је предата ствар. Тако,

корист од тужиочевог располагања. Тужба се изворно сматрала деликтном због тога што је кршење обећања представљало извршење деликта преваре. Временом, она се почела доводити у везу са контрактом. Наиме, штета се није више процењивала у односу на стварни имовински губитак тужиоца настао предајом ствари у очекивању испуњења обећања туженог, већ у односу на вредност туженикове чинидбе која је изостала. Тако је у другој половини XVI века настала посебна тужба *indebitatus assumpsit*. Она се примењивала у случајевима када је дужник претходно експлицитно признао постојање своје обавезе тиме што је обећао да ће је испунити. То признање је имало за последицу да се поверилац (тужилац) ослобађао дужности доказивања уговорног односа између њега и туженог. Обећање извршења обавезе није, дакле, имало конститутивно дејство јер је обавеза настала у тренутку склапања споразума, већ је имало искључиво процесно дејство које се огледало у ослобађању повериоца од доказивања постојања уговора. Прекретница је извршена у случају *Slade v. Morley* из 1602. године, у којем је суд одлучио да се *indebitatus assumpsit* може подићи и када обећање извршења обавезе није експлицитно дато. Наиме, у том случају изричито признање обавезе путем обећања њеног извршења није било могуће дати јер је дужник у међувремену умро. Међутим, суд је претпоставио да у датом случају постоји имплицитно признање обавезе и омогућио примену *indebitatus assumpsit*-а. Вид. J. B. Ames, „The History of Assumpsit. I Express Assumpsit”, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 1 (Apr. 15, 1888), 1–19.

⁸⁶⁸ Тако је 1609. године, само седам година након случаја *Slade v. Morley*, први пут је признато право једном хотелијеру да буде плаћен за извршене услуге без експлицитног уговарања цене услуге. Следеће године, право на новчану накнаду за извршену услугу признато је и кројачу који је сашео одело без претходног споразума око цене рада. Вид. P. Gallo (1990), 43.

свако ко преда ствар без претходног утврђивања обима престације друге уговорне стране има право на новчану накнаду у вредности предате ствари (*quantum valebat*). Карактеристика енглеских квазиконтаката огледа се у томе што је новчана накнада исплаћивана без обзира на врсту извршене престације.⁸⁶⁹ У случају извршења услуге, плаћала се сума која одговара њеној вредности (*quantum meruit*), док се у случају предаје ствари исплаћивао њен новчани еквивалент (*quantum valebat*). Давалац ствари није, дакле, имао право на повраћај у натури, већ само на добијање њеног новчаног еквивалента.

Следећи корак у развоју енглеских квазиконтаката било је проширење примене средстава *quantum meruit* и *quantum valebat* на ситуације када је уговор ништав из других разлога, а не само због неутврђивања висине контрапрестације. На тај начин свако ко је извршио обавезу на основу ништавог уговора могао је подићи тужбу против друге стране и захтевати од ње плаћање накнаде у вредности примљене престације.

Осим средстава *quantum meruit* и *quantum valebat*, постоји још један енглески квазиконтракт *money had and received* из кога настаје обавеза повраћаја неосновано плаћеног новчаног износа.⁸⁷⁰ *Money had and received* представља пандан континенталној кондикцији *indebiti*, али је за разлику од ње тај квазиконтракт уведен тек у XVII веку. Његова примена почива на претпоставци

⁸⁶⁹ У односу на кондикцију римског права која такође представља врсту квази-контракта која првенствено рађа обавезу натуралне реституције, енглески квази-контракти прописују искључиво новчану реституцију. Наиме, и онда када се извршена престација састоји у предаји ствари у својину, давалац нема право на повраћај саме ствари већ на предају њеног новчаног еквивалента. У римском праву, новчани еквивалент даје се тек ако натурална реституција није могућа стога што је ствар пропала, потрошена и сл. Друга важна разлика огледа се у томе што се, за разлику од енглеског квази-контракта (*quantum meruit*) који извршиоцу услуге додељује право на новчану накнаду, римска кондикција у почетку није могла применити у случају неосновано извршене услуге.

⁸⁷⁰ До увођења квази-контракта *money had and received* дошло је у случају *Bonnell v. Fowke* из 1657. год. Наиме, купац Бонел (*Bonnell*) у заблуди је платио закупнину погрешној особи. Пошто је био принуђен да поново плати правом закуподавцу, Бонел је поднео тужбу *indebitatus assumpsit* којом је захтевао повраћај плаћеног од лица коме је погрешно платио. Добио је спор стога што је суд пошао од претпоставке да је лице које је неосновано примило исплату прећутно преузело обавезу да примљени новац сачува и искористи у искључивом интересу исплатиоца. Отуда је пун назив контракта био *money had and received to the use of the plaintiff*. Вид. J. H. Baker, „The History of Quasi-Contract in English Law“, *Restitution Past, Present and Future*, Oxford 1998 (reprinted 2000), 50.

да се прималац неосноване исплате прећутно обавезао на њен повраћај.⁸⁷¹ За разлику од претходна два квазиконтракта, којима дужник и поверилац закључују ништав контракт, код тужбе *money had and received* једно лице врши исплату, погрешно верујући да тиме гаси своју обавезу према примаоцу исплате. Између исплатиоца и примаоца претходно није постојао облигициони однос већ је он заснован примањем неосноване исплате. Разлика између кондикције *indebiti* и тужбе *money had and received* састоји се у томе што се кондикција примењује како за повраћај новца тако и других ствари које су неосновано предате. Њоме се првенствено захтева натурална реституција, а тек уколико ствар није могуће у природи вратити, плаћа се њена новчана вредност. Тужба *money had and received* примењује се само уколико је неосновано плаћен новац, али не и друге ствари.

Иако се енглески квазиконтракти из данашње перспективе могу довести у везу са идејом забране обогаћења без правног основа, реституција у њиховом случају врши се не због тога што је прималац остварио економску корист јер то не мора увек бити случај, већ стога што се узима да је он од друге стране захтевао извршење чинидбе. Отуда они почивају на идеји претпостављеног споразума (*implied contract*). Ко је својим понашањем навео другог да му преда одговарајуће добро или да изврши одговарајућу услугу, обавезан је да му за то плати новчану накнаду без обзира на остварење економске користи. Обавеза плаћања није заснована на идеји обогаћења лица коме је услуга извршена, већ на његовом захтеву упућеном другом лицу да му изврши услугу.

Услед заснованости енглеских квазиконтраката на прећутном споразуму, није било могуће створити институт који би био сличан континенталном пословодству без налога.⁸⁷² Из истих разлога постојала је препрека за признавање права на накнаду лицу које је, погрешно верујући да је то његова ствар, предузело

⁸⁷¹ Неки континентални правници настојали су да исплату недогованог објасне у светлу прећутног уговора које објашњење је карактеристично за енглеске правнике. Тако, према *Donellus*-у, лице које врши исплату да би угасило дуг претпоставља да он постоји. Међутим, исплатилац у тренутку исплате задржава за себе право повраћаја у случају да се испостави да дуг не постоји. P. Gallo (1990), 49.

⁸⁷² Управо је суштина пословодства без налога (*negotiorum gestio*) да господар посла који се накнадно не сагласи са предузетом делатношћу пословође буде обавезан да му накнади нужне и корисне трошкове.

одговарајуће радње којима је увећана њена вредност. У оба случаја недостајао је захтев господара посла, односно власника добра за предузимање радње.

Поимање енглеских квазиконтраката у светлу пређутног споразума, посведочено је и у делу чувеног аутора Блекстона (*Blackstone*) из XVIII века који је контракте поделио у две групе: експлицитне и имплицитне, при чему је квазиконтракте сврстао у ове последње.⁸⁷³ Блекстоново одређење квазиконтраката као имплицитних уговора имало је за последицу то да се у англосаксонском праву дуго времена одбијало њихово издвајање у посебан извор облигација који би био јасно одвојен од контраката и деликата. До осамостаљивања квазиконтраката дошло је тек недавно, када су уврштени у право реституције (*The Law of Restitution*).

Блекстонова теорија о квазиконтрактима као имплицитним контрактима није била једнодушно прихваћена од ондашњих правника. У том смислу истиче се чувена одлука лорда *Mansfield*-а у случају *Moses v. Macferlan* из 1760. године. *Moses* је извршио исплату суме новца на основу судске пресуде, али је потом открио нове чињенице које су указивале на то да обавезе исплате није постојала. Он је подигао тужбу *money had and received*, којом је захтевао повраћај плаћеног. Међутим, да би успео у спору, било је неопходно претпоставити да је прималац исплате прихватио обавезу њеног повраћаја. Како је било јасно да се такво прихватање није могло претпоставити будући да се радило о исплати на основу извршења судске пресуде, лорд *Mansfield*, који је одлучивао у овој ствари, дао је веома интересантно објашњење које је ишло у прилог тужиоца *Moses*-а. Том приликом он се позвао на природну правду и правичност које у датим околностима налажу да тужени врати примљени новац.⁸⁷⁴ Лорд *Mansfield*, образлажући усвајање тужбеног захтева, није посегао за теоријским конструцијама о претпостављеном преузимању обавезе на повраћај, већ се позвао на природну правду и правичност у којима је видео непосредни извор

⁸⁷³ P. Gallo (1990), 57.

⁸⁷⁴ *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.* – „Суштина ове врсте тужбе (реституторне) је у томе да је тужени, зависно од околности случаја, обавезан природном правдом и правичношћу да врати новац.” *Нав. према PEL Unj. Enr.*, 114, фн. 116.

облигација.⁸⁷⁵ *Mansfield*-ово расуђивање, које се одвојило од тада владајуће теорије претпостављеног уговора, није било шире прихваћено од његових савременика који су пре били склони да ситуације у којима очигледно није било споразума вештачки подведу под контракте. Па ипак, требало је да прође два века да би *Mansfield*-ово мишљење постало поново актуелно у судској пракси, што је имало за последицу зачетак модерне теорије права реституције. Тим поводом је од значаја био *dictum* лорда *Wright*-а у случају *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* из 1943. године, по коме је сваки цивилизовани правни систем дужан да пропише правна средства којима се спречава неправедно обогаћење на туђ рачун, а која се разликују од контрактних и деликтних средстава и која стога спадају у трећу грану система *common law*, под називом квазиконтракти или реституција.⁸⁷⁶ Насупрот томе, лорд *Diplock* поводом спора *Orakpo v. Manson Investments Ltd* из 1978. године изрекао је да у енглеском праву не постоји општа доктрина о правно неоснованом обогаћењу, већ само низ правних средстава која се примењују у случајевима који би се у цивилном (континенталном) праву могли класификовати у правно неосновано обогаћење.⁸⁷⁷ Међутим, након нешто више од једне деценије дошло је до неочекиваног обрта када је Дом лордова, одлучујући у спору *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* из 1991. године, потврдио да је енглеско право признало правно неосновано обогаћење.⁸⁷⁸ Отада почиње велико научно интересовање за ту материју које ни дан-данас не јењава. У научним делима, међутим, када се мисли на неправедно обогаћење често се говори о праву реституције.⁸⁷⁹ Због тога се може стећи погрешан утисак да су то синоними. Наиме, неправедно обогаћење представља догађај (чињенично

⁸⁷⁵ Интересантно питање је шта је инспирисало лорда *Mansfield*-а да у природној правди и правичности види извор облигација. Ако се узме у обзир да је пореклом био Шкот, могуће је да је био инспирисан учењима нововековне школе природног права будући да је шкотско право, захваљујући правнику *Stair*-у, преузело многе њене принципе. Осим идеје о природној правди као извору облигације, лорд *Mansfield* је покушавао да у енглеско право уведе још нека решења природног права, али без успеха. Тако се, на пример, залагао за увођење принципа *pacta sunt servanda*. Међутим, сви његови покушаји остали су без успеха. P. Gallo (1990), 72 и даље.

⁸⁷⁶ Вид. Andre Burrows, *The Law of Restitution*, London – Dublin – Edinburgh 1993, 2.

⁸⁷⁷ Вид. P. Birks (2005), 106.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, 107.

⁸⁷⁹ Вид. P. Birks, „Misnomer”, *Restitution Past, Present and Future*, Oxford 1998 (reprinted 2000), 1.

стање) на који право одговара прописивањем реституције која има за сврху да исправи „имовинску неправду” која је нанета осиромашеном лицу, али не с обзиром на штету коју је евентуално претрпело већ с обзиром на остварену добит коју је на његов рачун неправедно остварило друго лице. Речено је већ да реституција није једини одговор правног поретка на одређени догађај, те зависно од циља који се жели постићи може бити примењена накнада штете (*compensation*), кажњавање (*punishment*) и др. Реституцију због тога треба схватити као меру чији је циљ враћање имовинске користи лицу коме она и припада. Она се остварује применом различитих правних средстава која могу имати облигационоправни или стварноправни карактер.

5.6.3. РЕСТИТУТОРНА СРЕДСТВА

Важна разлика у односу на континентално право огледа се у томе што су у англосаксонском праву у право реституције уврштена не само облигационоправна већ и стварноправна средства.⁸⁸⁰ Отуда неправедно обогаћење као одређено чињенично стање може проузроковати примену не само облигационоправних већ и стварноправних реституторних средстава.⁸⁸¹

Прва група средстава (*personal restitutionary remedies*) има облигационоправни карактер и усмерена је на плаћање новчане суме која одговара вредности коју је тужени примио.⁸⁸² Њима се реституција захтева само од лица коме је тужилац извршио престаџију. Притом, реституција се увек састоји у плаћању новчане суме чак и да је тужени примио ствар.⁸⁸³ Недостатак тих средстава огледа се у томе што у случају туженикове инсолвентности тужилац нема првенство наплате у односу на остале повериоце. Тој групи припадају

⁸⁸⁰ У континенталном праву појам правно неоснованог обогаћења представља искључиво институт облигационог права. Стварноправна средства којима се постиже реституција не чине део института правно неоснованог обогаћења.

⁸⁸¹ Вид. више Р. Birks (2005), 181–204.

⁸⁸² А. Burrows, 29.

⁸⁸³ Тужени је обавезан на плаћање новчаног еквивалента, чак и да се примљена ствар више не налази у његовој имовини. *Ibid.*, 28.

квазиконтракти (*quantum meruit, quantum valebat, money had and received, money paid to the defendant's use*)⁸⁸⁴, који чине део система *common law*, као и поједина *equity* средства у која спадају *account of profits* и *rescission*.⁸⁸⁵

Другу групу чине средства која имају стварноправни карактер (*proprietary restitutionary remedies*) и управљена су на повраћај одређене ствари која се налази код туженог.⁸⁸⁶ Притом није реч о средствима за повраћај државине стога што случајеви у којима тужени има само државину над ствари која је и даље у власништву тужиоца не представљају неправедно обогаћење.⁸⁸⁷ Реституторна средства имају стварноправни ефекат јер претпостављају примену технике *tracing* која омогућава једном лицу (тужиоцу) да „прати” ствар која је изашла из његове имовине без обзира на то кроз колико руку она пролази и без обзира на евентуалну промену облика (на пример, новац буде потрошен за куповину друге ствари).⁸⁸⁸ Отуда се стварноправним средствима за спречавање неоснованог обогаћења може остварити реституција добара која претходно нису била у власништву тужиоца. Међутим, како су она стечена на његов терет, сматра се да он има својински интерес (*proprietary interest*) у погледу њих.⁸⁸⁹ Тако се путем *constructive trust* који спада у *equity* правна средства остварује реституција непокретних и покретних добара када је тужени неправедно стекао својину на

⁸⁸⁴ Недостатак традиционалних квазиконтраката огледа се у томе што се код њих реституција састоји увек у плаћању одговарајуће новчане суме, без обзира на врсту примљене престације. Уколико је тужилац предао ствар, није могао добити повраћај у природи већ само њен новчани еквивалент.

⁸⁸⁵ *Rescission (setting aside)* представља одустанак од уговора, при чему се сматра да уговор од почетка (*ab initio*) није постојао. *Rescission* има карактер реституторног средства само уколико су уговорнице (или једна од њих) пре поништења извршиле своје дуговане чинидбе. Ако се престација састојала у плаћању новчане суме или у извршењу услуге, прималац врши новчану реституцију. Међутим, ако је на име извршења престације предата ствар у својину, врши се натурална реституција која претпоставља повраћај правног наслова. Вид. више А. Burrows, 29, 32–34.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, 28–29.

⁸⁸⁷ Р. Birks (2005), 183.

⁸⁸⁸ Вид. више А. Burrows, 57–76.

⁸⁸⁹ Уколико је тужени употребио тужиочев новац да би купио себи слику и тако постао њен власник, у англосаксонском праву спречава се неправедно обогаћење туженог тако што се сматра да тужилац има својински интерес (*proprietary interest*) у односу на слику, због чега може захтевати њену предају и установљење својине на њој. Р. Birks (2005), 183.

њима посредством вредности која је изашла из тужиоачеве имовине.⁸⁹⁰ Претпоставка примене *constructive trust* огледа се у томе што је тужени стекао одређени предмет тако што је изневерио однос поверења (*breach of fiduciary duty*) који је претходно постојао између њега и тужиоца. Због тога се сматра да тужени држи предмет обogaћења за рачун тужиоца који је овлашћен да га виндицира.

Осим *constructive trust*-а, у *equity* средства за спречавање неоснованог обogaћења спада и *equitable lien*, који се примењује у ситуацијама када једно лице изврши одређени рад на туђој ствари, најчешће непокретности, као што су поправке, уградње и сл. Уколико извршилац радова не добије уговорену накнаду, може тражити установљење *equitable lien* на ствари, који му омогућава предност наплате у односу на остале повериоце власника ствари.⁸⁹¹ Право добијања новчане накнаде остварује се уговорном тужбом, међутим, у случају туженикове инсловентности тужилац за наплату потраживања конкурише равноправно са осталим повериоцима, због чега ризикује да његово потраживање буде ненамирено. Тим правним средством постиже се обезбеђење потраживање уговорене накнаде.⁸⁹²

Англосаксонско право не познаје установу пословодства без налога која се у континенталном праву може применити у одређеним случајевима свесне исплате туђег дуга. У англосаксонском праву се свесна исплата туђе обавезе решава применом суброгације (*subrogation*), која се сликовито објашњава као улазак лица А у ципеле лица Б на основу чега А стиче права која Б има према лицу Ц.⁸⁹³ Притом, суброгација наступа без обзира на то да ли између лица А и Б постоји сагласност о уступању права. Њоме се лицу које је исплатило туђу обавезу омогућава да ступи у права дотадашњег повериоца која је имао према

⁸⁹⁰ О карактеристикама установе *constructive trust* детаљније Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford 2006, 440–441, 519–525 и 605–615; P. Gallo (1990), 76–80.

⁸⁹¹ Вид. P. Gallo (1990), 80–81.

⁸⁹² P. Birks (2005), 184–185.

⁸⁹³ A. Burrows, 76.

дужнику.⁸⁹⁴ Суброгацијом спречава се неправедно обогаћење до кога долази када лице чија је обавеза угашена не жели добровољно да регресира исплатиоца.

5.6.4. ПРЕТПОСТАВКЕ ПРИМЕНЕ СРЕДСТАВА ЗА СПРЕЧАВАЊЕ НЕПРАВЕДНОГ ОБОГАЋЕЊА

Иако на први поглед између континенталних и англосаксонских средстава за спречавање правно неоснованог обогаћења постоје непомирљиве разлике, одређене паралеле постоје, што се пре свега односи на услове потребне за постојање неправедног обогаћења, који се формулишу помоћу неколико питања: 1) да ли је тужени обогаћен, 2) да ли је обогаћење остварено на терет тужиоца, 3) да ли је оно неправедно, 4) да ли тужени може да се одбрани?⁸⁹⁵ Да би оно постојало, одговор на прва три питања мора бити позитиван, док се на треће мора негативно одговорити.

Обогаћење (*benefit*). Одговор на прво питање мора бити да је тужени остварио корист.⁸⁹⁶ Тужени је несумњиво остварио корист уколико је примио новац јер он представља мерило обогаћења.⁸⁹⁷ Недоумице приликом утврђивања обогаћења постоје уколико није примљен новац већ нека друга ствар или услуга.⁸⁹⁸ Наиме, тужени може истицати да примљена престација, иако има тржишну цену, за њега лично не представља никакву вредност (*subjective devaluation*). У том случају се поставља питање да ли приликом утврђивања неправедног обогаћења треба узети у обзир субјективно вредновање обогаћеног

⁸⁹⁴ Вид. више А. Burrows, 76–93, А. Tettenborn, *Law of Restitution in England and Ireland*, London 2002, 54–67.

⁸⁹⁵ Р. Birks (2005), 39; А. Burrows, 7.

⁸⁹⁶ У области неправедног обогаћења термин *benefit* има два значења. Прво, представља обогаћење као повећање имовине туженог и одговара значењу које се обогаћењу придаје у континенталном праву. Друго значење користи изједначава се са примљеном чинидбом за коју се претпоставља да је тужени захтевао. Оно одговара изворном поимању англосаксонских квазиконтраката код којих се сматра да постоји *benefit* и онда када нема увећања имовине туженог, већ је довољно да је он од тужиоца тражио извршење престације. Вид. Р. Gallo (1990), 86.

⁸⁹⁷ Р. Birks (2005), 49.

⁸⁹⁸ Тако, на пример, уколико је тужилац грешком окречио туженикову кућу, овај може истицати да није стекао никакву корист с обзиром на то да уопште није имао намеру да кречи.

лица. У складу са англосаксонском (пре)наглашеном потребом заштите индивидуалистичких вредности изражених у неприкосновеној слободи избора појединца, прихвата се могућност субјективног вредновања примљене користи.⁸⁹⁹ Па ипак, то не значи да се у конкретном случају утврђује тачна цена коју би тужени иначе био спреман да плати за престацију коју је примио. Уколико би се апсолутизовало субјективно вредновање туженог у погледу примљене користи, јавила би се могућност злоупотребе јер би свако могао да тврди да му примљена корист ништа не значи, односно да не представља никакву вредност за њега. Због тога се прибегава помирењу субјективног и објективног критеријума тако што се у одређеној групи ситуација уопште не узима у обзир тужениково вредновање већ се постојање и висина користи утврђују према тржишним мерилима. Које су то ситуације, установљава се применом два критеријума. Први се заснива на чињеници да оно што је тужени примио може бити лако претворено у новац (*incontrovertible benefit*).⁹⁰⁰ Други критеријум представља тужениково прихватање користи (*free acceptance*) у ситуацији када је био свестан могућности да је не прихвати.⁹⁰¹ Другим речима, тужени је свесно изабрао да прими корист коју му је тужилац понудио ставивши му до знања да за њу очекује контрапрестацију. У том случају, тужени који је изабрао да прими корист не може одбити да плати новчану накнаду или да изврши другу престацију позивајући се на то да оно што је примио за њега нема никакву вредност.

На терет тужиоца (*at the expense of the plaintiff*). Обогаћење на терет тужиоца настаје на два начина. Први се састоји у томе што је тужилац део своје имовине пренео туженом. Пошто тада долази до директног умањења имовине туженог, англосаксонски аутори говоре о неправедном обогаћењу насталом

⁸⁹⁹ P. Birks (2005), 54.

⁹⁰⁰ Постоје различити ставови у погледу тога да ли *incontrovertible benefit* постоји само онда када је тужени оно што је примио заиста претворио у новац (путем продаје, трампе и сл.) или је довољно да постоји могућност лаког претварања у новац. Тако, на пример, примљено земљиште не представља *incontrovertible benefit* јер га није могуће лако и брзо продати. Вид. A. Burrows, 10.

⁹⁰¹ *Ibid.*, 11–12.

одузимањем дела имовине од тужиоца (*unjust enrichment by subtraction*).⁹⁰² У том случају тужилац може да захтева реституцију само до износа умањења сопствене имовине.⁹⁰³ Други начин настанка обогаћења представља извршење деликта (*unjust enrichment by wrongdoing*).⁹⁰⁴ Наиме, последица извршења противправне радње јесте то да је делинквент остварио корист која је у корелацији са насталом штетом коју трпи осиромашени. Осим тога, може се десити да осиромашени није претрпео никакву штету.⁹⁰⁵ Реституторним правним средством одузима се корист од делинквента и предаје осиромашеном лицу на чији је терет остварена (*gain-based recovery*). За разлику од обогаћења које настаје радњом осиромашеног лица (први начин), када је обим реституције ограничен износом умањења његове имовине, овде нема таквог ограничења, те је тужени дужан да преда целокупно остварену добит насталу извршењем противправне радње.⁹⁰⁶

Unjust. Да би настало право на реституцију, неопходно је да је остварење користи једног лица на терет другог било неправедно. Тај услов се у континенталном праву изражава захтевом да је обогаћење наступило без основа (*sine causa*). Концепт непостојање каузе изграђен је у римском праву као суштински елемент кондикције. Учење о непостојању каузе преузето је из кондикционе одговорности и постало је језгро из кога се у XIX веку развио институт правно неоснованог обогаћења. Отуда, иако се кондикциона и одговорност из обогаћења у континенталном праву често поистовећују, између њих постоје разлике које се свode на то да је обогаћење *condicio sine qua non* одговорности из обогаћења, док је код кондикционе одговорности нагласак на

⁹⁰² *Birks* неправедно обогаћење ограничава само на случајеве у којима је оно проузроковано чинидбом осиромашеног лица која представља исплату непостојећег дуга. P. Birks (2005), 38.

⁹⁰³ A. Burrows, 17.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, 16–17. Међу енглеским ауторима не постоји сагласност да ли је *wrongs-based restitution* обухваћена неправним обогаћењем (*Unjust Enrichment*) или правом које уређује деликте (*Tort Law*). *Birks* и *Virgo* сматрају да повраћај добити остварене извршењем деликта не представља неправедно обогаћење, док *Burrows*, *Goff* и *Jones*, као и *Tettenborn* заступају супротно мишљење. Вид. P. Birks (2005), 11–16; G. Virgo, 6–17; Burrows, 5–7; R. Goff, G. Jones, 320 и даље; Tettenborn, 17.

⁹⁰⁵ A. Burrows, 23.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, 18.

неоснованом стицању као правном појму који нужно не подразумева и економско обогаћење. Англосаксонско право, будући да није засновано на римском праву, није познавало учење о непостојању каузе. Уместо њега, развијен је концепт различитих фактора (*unjust factors*) чије наступање доводи до тога да се обогаћење сматра неправедним те се мора реституисати. Када је реч о обогаћењу насталом радњом осиромашеног лица (*unjust enrichment by subtraction*), постоји више фактора чији број није затворен. Њихови примери су: заблуда, принуда, недостатак пословне способности, неизвршење обавезе, неовлашћено задржавање туђиочеве ствари.⁹⁰⁷ Притом, за разлику од континенталног права, у коме би се очекивало да сваки од њих буде законски дефинисан, у англосаксонском праву утврђивање њиховог значења и поља примене остављено је судовима, који стварају право путем прецедентних одлука (*case law*).⁹⁰⁸ Међутим, крајем XX века у енглеском праву се запажа интересантан заокрет, који се огледа у усвајању континенталног учења о непостојању основа (*sine causa*) обогаћења као кључног елемента реституције. До тога је дошло тако што се поставило питање повраћаја оног што је дато на основу ништавог уговора (*void contracts*), при чему се разлог ништавости није могао подвести ни под један *unjust factor*.⁹⁰⁹ Досуђена је реституција, са образложењем да је ништавост уговора сама по себи одлучујућа.⁹¹⁰ Иако су судови у својим одлукама као разлог реституције наводили неизвршење контрактне обавезе (*failure of consideration*, односно *absence of consideration*),⁹¹¹ јасно је било да употреба термина *consideration* у тим случајевима нема никакве везе са неизвршењем контрактне обавезе једне стране

⁹⁰⁷ Досадашња судска пракса бележи 11 фактора (*unjust factors*): *mistake, ignorance, duress, exploitation, legal compulsion, necessity, failure of consideration, illegality, incapacity, ultra vires demands by public authorities, retention of the plaintiff's property without his consent*. Види више А. Виггос, 21. *Birks* групише све факторе у две основне категорије на основу тога да ли се они заснивају на субјективном елементу осиромашеног (*intent-based unjust factors*) или на разлозима правне политике (*policy-based unjust factors*). Вид. више Р. *Birks* (2005), 42–43.

⁹⁰⁸ Отуда се правно значење заблуде, принуде и осталих *unjust factors*, који доводе до реституције установљава детаљном анализом судске праксе. А. Виггос, 22.

⁹⁰⁹ Детаљније о томе како је у енглеском праву дошло до усвајања континенталног *sine causa* приступа вид. Р. *Birks* (2005), 108–128.

⁹¹⁰ Вид. *Guinness Mahon Co Ltd v Kensington Chelsea Royal London BC* из 1999. године. *Ibid.*, 110.

⁹¹¹ Р. *Birks* (2005), 110.

будући да је он од почетка (*ab initio*) био неважећи. Судови су, правдајући реституцију, имали на уму непостојање основа извршења. Другим речима, реституција је директно проузрокована неважношћу основа извршења.⁹¹² Истичући да је разлог реституције неважност контракта, односно непостојање основа који објашњава обogaћење (*explanatory basis*), енглеско право се приклонило континенталном методу утврђивања непостојања основа обogaћења. Па ипак, погрешно би било закључити да непостојање основа представља још један *unjust factor*⁹¹³ јер се на питање када се обogaћење стечено на туђ начин мора реституисати може одговорити применом два различита метода: један је непостојање основа обogaћења (*sine causa*), а други утврђивање постојања неког од *unjust factors*. Реч је, дакле, о два различита некомпатибилна метода, при чему је уочљиво настојање да се учење о *unjust factors* напусти и потпуно пређе на континентални метод *sine causa*.⁹¹⁴ Отуда се из материје неправедног обogaћења мора избацити термин *consideration*⁹¹⁵ и заменити термином *basis*.⁹¹⁶

Тужени се не може одбранити (*no defence*). Иако се тужени неправедно обогатио на терет тужиоца, реституција може изостати уколико је накнадно нестало обogaћење (*subsequent loss of the benefit*). Испрва, енглеско право није водило рачуна о нестанку обogaћења јер је изворна концепција енглеских квазиконтраката почивала на претпостављеном уговору између тужиоца и туженог који је налагао реституцију, без обзира на обogaћење туженог. Временом

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *Ibid.*, 114.

⁹¹⁴ То сматра *Birks* који каже: *Absence of basis now the only unjust factor in English law – „Непостојање основа је сада једини фактор који обogaћење чини неправедним.” Ibid.*, 115.

⁹¹⁵ Интересантно је да је лорд *Mansfield* у случају *Moses v. Macferlan* изрекао да је новац примљен с обзиром на основ (*consideration*) који се није остварио, те да треба извршити његов повраћај. Иако он није употребио израз *condictio causa data causa non secuta*, приметно је да се послужио римским концептом тог правног средства, при чему је за римски термин *causa* употребио енглески *consideration*. Међутим, током времена термин *consideration* почео је да се повезује са извршењем контрактне обавезе. Тако, израз *failure of consideration* упућује на то да је само једна страна извршила своју обавезу на основу важећег двострано обавезујућег уговора, то јест да не постоји узајамно извршење престација уговорних страна (*reciprocation*). Обogaћење, међутим, може настати не само извршењем неважећег уговора који од самог почетка не производи дејства, већ и онда када уопште нема речи о уговору. Отуда је термин *consideration* неприкладан у материји неправедног обogaћења, због чега треба бити замењен термином *basis*. *Ibid.*, 118–121.

⁹¹⁶ *Ibid.*, 117.

се, међутим, увидело да се у одређеним околностима мора узети у обзир нестанак обogaћења, због чега је уведена установа *estoppel*. Њена суштина се огледа у томе да тужилац, који је претходно својим понашањем створио уверење туженог о основаном и трајном преносу обogaћења, који је потом, поуздајући се у коначност свог стицања, располагао предметом користи у одређене сврхе, не може доцније захтевати повраћај позивајући се на неоснованост обogaћења.⁹¹⁷ Дуго времена *estoppel* је представљао једину могућност да се тужени одбрани и тако избегне реституцију. Осим тога, том установом тужени се потпуно ослобађа обавезе реституције јер се она примењује само онда када је располагао целокупним предметом обogaћења. Ако је обogaћења нестало делимично, *estoppel* се не може применити. Због тога је Дом лордова у случају *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* из 1991. године признао одбрану туженог који се позвао на промену свог положаја (*change of position*), која се огледала у томе да се обим стеченог обogaћења у међувремену смањило.⁹¹⁸ Међутим, то признање је било широко формулисано због чега су настале недоумице о условима под којима се тужени може одбрани променом обима стеченог обogaћења.⁹¹⁹ Отуда постоје два погледа – ужи и шири. Према првом (ужем) схватању, *change of position* се примењује под истим условима као *estoppel*, али се за разлику од њега не захтева тужиочево квалификовано понашање на основу кога је тужени стекао уверење у исправност и коначност свог стицања.⁹²⁰ Довољно је, дакле, да је тужени био савестан, то јест да је веровао у ваљаност свог обogaћења те да је стога вршио одређена

⁹¹⁷ О условима примене *estoppel*-а вид. G. Virgo, 675–689.

⁹¹⁸ A. Burrows, 421. Власник коцкарнице је имао право на одбрану смањења свог обogaћења до кога је дошло услед тога што је коцкар (који је употребио туђ новац за коцкање) спорадично остварио добитке у играма у којима је учествовао. Тужени се позвао на смањење обима свог обogaћења због тога што је коцкару исплатио добитке које је остварио у коцкарским играма. Туженикова одбрана је прихваћена зато што је био савестан - оправдано је веровао да је коцкар уложио сопствени новац.

⁹¹⁹ Лорд *Goff* који је одлучивао у спору *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* могућност туженог да се одбрани изрекао је следећим речима: *At present I do not wish to state the principle any less broadly than this: that the defence is available to a person whose position has so changed that it would be inequitable in all the circumstances to require him to make restitution, or alternatively to make restitution in full.* - „У овом тренутку не желим да одредим принцип који не би обухватио следеће: да је одбрана доступна лицу чији се положај толико променио да би било неправично у било којој ситуацији захтевати реституцију од тог лица, или алтернативно захтевати реституцију у пуном обиму.“ *Нав. према* A. Burrows, 424.

⁹²⁰ A. Burrows, 425.

располагања којима је умањена стечена корист.⁹²¹ Према ширем схватању, тужени се може одбранили увек када се његов положај након стицања обogaћења променио тако да би било неправично обавезати га на реституцију уопште, односно у пуном обиму.⁹²² Притом, неопходно је да постоји узрочно-последична веза између стеченог обogaћења и губитка који је тужени претрпео.⁹²³ Да би доказао каузалну везу између стеченог обogaћења и његовог накнадног смањења, тужени треба да покаже да губитак не би претрпео да није остварио обogaћење.⁹²⁴ Разлика измеђи ужег и ширег схватања могућности туженикове одбране најбоље се уочава уколико је до смањења односно нестанка обogaћења дошло радњом трећег лица или природним догађајем. Тако ће тужени, који је примио новац по основу исплате недугованог који је одмах украден или је изгорео, моћи да се ослободи обавезе реституције само према ширем схватању.⁹²⁵ Како се према ужем схватању тужени обавезује на реституцију у пуном обиму и онда када је његово обogaћење нестало односно умањено радњом трећег лица или природним догађајем, јасно је да оно може довести до неправичних решења. Отуда се у литератури подржава примена ширег схватања могућности одбране туженог.⁹²⁶

⁹²¹ Уже схватање прихваћено је на Новом Зеланду још 1908. године, док га је Врховни суд Канаде усвојио 1975. године у спору *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada Ltd.* *Ibid.*

⁹²² Шире схватање могућности туженикове одбране карактеристично је за САД, где је изражено у s 142(1) Restatement of Restitution: *The right of a person to restitution from another because of a benefit received is terminated or diminished if, after the receipt of the benefit, circumstances have so changed that it would be inequitable to require the other to make full restitution.* – „Право лица на реституцију од стране другог лица услед примљене користи престаје или се смањује уколико се, након пријема користи, околности толико промене да би било неправично захтевати реституцију у пуном обиму.” *Ibid.*, 424.

⁹²³ *Ibid.*, 426.

⁹²⁴ *Ibid.*, 426–427.

⁹²⁵ *Ibid.*, 427.

⁹²⁶ *Ibid.*

**ШЕСТИ ДЕО: ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ У
СРПСКОМ ПРАВУ**

6.1. Српски грађански законик из 1844. године

Нововековна нормативна рецепција римског права у Србији започета је доношењем Српског грађанског законика (СГЗ) из 1844. године. Он је заснован на Аустријском грађанском законнику (ABGB) из 1811. године, који је у суштини представљао сублимацију средњовековног реципираног римског права (*ius commune*). Као ни његов узор, ни СГЗ не познаје јединствено регулисан институт правно неоснованог обogaћења, већ садржи само поједине врсте кондикција.

Исплата недугованог (*condictio indebiti*) прописана је у члану 902: „Ко се превари у незнању будући ствари или закона, па плати оно што није био дужан платити, онда има право натраг искати, и то да му се врати. И ако ко учини оно, што није дужан био учинити, има право награду приличну за то искати.”⁹²⁷ Битан елемент је била заблуда исплатиоца о постојању дуга која се могла тицати било чињеница („ко се превари, у незнању будући ствари”) било права („или закона”). Као и аустријско, ни српско право није захтевало да заблуда буде извињива.⁹²⁸

Осим кондикције *indebiti*, у СГЗ-у је прописана и кондикција *ob turpem vel iniustam causam* јер је у чл. 722 забрањен повраћај онога што је дато у неморалном или незаконитом циљу. Тај члан се налази у оквиру уговора о најму и гласи: „Ако би ко што немогуће, или што недозвољено и срамно, или забрањено од кога за награду захтевао, онај није дужан учинити баш да би и награду примио. Шта више и награда му припада, нити је може натраг искати.” Према том правилу, кажњава се само лице које је извршило давање са недозвољеним циљем стога што му се онемогућава повраћај датог, док се лице које је награду примило овлашћује да је задржи те се ставља у привилегован положај упркос томе што је и оно било несавесно. То правило је потпуно саобразно римској кондикцији *ob turpem causam*, која је у ситуацији у којој су обе стране несавесне, при чему је једна од њих извршила давање такође омогућавала другој страни да задржи примљено.

⁹²⁷ Овај члан одговара члану 1431 Аустријског грађанског законика.

⁹²⁸ Вид. Д. Аранђеловић, „О неправедном обogaћењу”, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XI коло 2, 1925, 412. Што је у супротности са чл. 14 СГЗ-а који предвиђа: „Незнање закона већ обнародованог никоме не помаже, и нико се незнањем закона извинити или бранити не може.”

Римско решење је непотпуно, као и решење Српског грађанског законика, јер не уклања све последице ништавог недозвољеног посла.⁹²⁹

Иако није уопштено прописана кондикција *causa data causa non secuta*, један њен случај регулисан је у чл. 778 који предвиђа да је вереник овлашћен да тражи повраћај оног што је дато на поклон другој страни, када без његове кривице није дошло до склапања брака: „Ако ли заручник својој заручници или ова ономе што поклони, или обећа на случај брака, па би се брак без кривице дародавца разишао, онда онај може дар порећи, или ако је дао, натраг узети.”

Српски грађански законик за разлику од свог узора – Аустријског грађанског законика није уопштено регулисао тужбу *de in rem verso*. Међутим, од њега је преузео два посебна прописа о употреби ствари у туђу корист која су као и у аустријском праву прописана у оквиру главе посвећене пуномоћству и деловодству (чл. 609–631 СГЗ). Тако, према чл. 630: „Који би за другога трошак онакав учинио, који би овај по закону учинити морао, онај има такође право накнаду искати.”

Исплата туђе законске обавезе у суштини представља случај правно неоснованог обогаћења у облику уштеде трошкова коју је остварио дужник на терет исплатиоца. Због тога је ЗОО уређује у оквиру стицања без основа (чл. 217). Исплата туђе законске обавезе обично се састоји у давању издржавања деци или другим сродницима обогаћеног лица кога терети та обавеза.

Други пропис додељује накнаду лицу које је у нужди жртвовало сопствену ствар ради спасавања туђе ствари. Према чл. 631: „Који у случају нужде своје добро жртвује, да туђе спасе, има право накнаду захтевати од оних, чије је добро спасао, по мери спасених и сачуваних добара.” Реч је о древном родоском закону о општој хаварији (*lex Rhodia de iactu*), који се примењује онда када се више лица нађе у заједничкој опасности која је отклоњена тиме што су добра једног од њих жртвована. Лице чија су добра жртвована има право да захтева сразмерну накнаду од оних чија су добра спасена.

⁹²⁹ *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, 161.

Иако је материја правно неоснованог обогаћења у време важења СГЗ-а била прописана у свега неколико законских прописа, прибегавало се екстензивном тумачењу које је за свој узор имало пре свега кондикције прописане у аустријском праву.⁹³⁰ У том смислу је постојала тенденција да се чл. 902 примењује у много ширим границама од оних које претпоставља исплата недугованог, због чега се у судској пракси и теорији на њу гледало као на неку врсту опште кондикције.⁹³¹

6.2. Скица за законик о облигацијама и уговорима

За разлику од Српског грађанског законика, који је највећим делом преузео решења Аустријског грађанског законика⁹³², Скица за законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића из 1969. године представља плод вишедеценијског проучавања како упоредноправне, тако и домаће теорије и судске праксе. Настојећи да понуди најбоља решења, Константиновић је узео у обзир нормативна упоредноправна решења и

⁹³⁰ Вид. Д. Аранђеловић, 399–424.

⁹³¹ „Пропис § 902 г.з. не претпоставља само делање у заблуди дужника који се сам дужником сматра, већ поставља опште начело да се нико на рачун другог не може неправедно обогатити. Стога се овај пропис има применити и онда кад је ко и под ма којим околностима дао некоме нешто што му није био дужан дати и што овај држи без правног основа.” – Рев. – 805/35 од 23. октобра 1935. Нав. према *Грађански законик за Краљевину Србију објашњен одлукама Касационог суда у Београду* (средио Иван Д. Петковић), Београд 1939, 334. Због тога се чл. 902 примењивао не само на случајеве исплате недугованог већ и на случајеве исплате извршене са циљем који се није остварио (*condictio causa data causa non secuta*): „Жена има право да тражи натраг од мужа непокретно имање које му је пренела у својину у циљу да живот у браку буде сношљивији, пошто је сада ипак брак разведен, Рев.-1211/37 од 1. новембра 1937. *Ibid.*, 335. Исто тако, ако је једно лице радило у туђем домаћинству јер му је било обећано да ће бити усвојено „па до овог усвојења не дође, онда ово лице има право да тражи све оно чиме се обећалац услед његовог рада обогатио”. – Рев.-2101/37 од 18. фебруара 1938. Нав. према *Грађански законик за Краљевину Србију објашњен одлукама Касационог суда у Београду* (средио Иван Д. Петковић), *Ibid.* У теорији је изражен став да чл. 902 СГЗ-а треба применити и на случајеве исплате по основу који је доцније отпао (*condictio causa finita*), као и на случајеве исплате извршене са неморалним или противправним циљем (*condictio ob turpem vel iniustam causam*). Тако Борислав Т. Благојевић, *Посебни део облигационог права*, Београд 1939, 264–266.

⁹³² Одступања у односу на АВГВ налазе се у области породичног и наследног права јер су породичне прилике у Србији биле другачије. Вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Специфичности интестатског наслеђивања у Српском грађанском законик”, *Зборник радова са научног скупа „Србија 1804-2004 друштво, економија, држава, право, политика, култура, религија“*, Ниш 2005, 439-459.

достигнућа ондашње правне мисли. Међутим, он није некритички следио иностране узоре већ је био свестан да и најбоља норма мало вреди уколико није прилагођена друштвеним приликама у којима се примењује.⁹³³

У материји правно неоснованог обogaћења Скица се не само структурално већ и суштински удаљила од решења СГЗ-а, односно његовог узора – Аустријског грађанског законика. Решења која су у њој понуђена представљају синтезу ондашње правне теорије и упоредноправног искуства, пре свега Швајцарског и Немачког грађанског законика.

За разлику од СГЗ-а, Скица изричито предвиђа институт неоснованог обogaћења (чл. 168–175) као посебан извор обвеза након уговора и проузроковања штете.

У периоду који је претходио Скици судска пракса је признавала постојање института неоснованог обogaћења.⁹³⁴ Теорија, међутим, није била јединствена у мишљењу о томе да ли кондикција представља посебну установу у односу на неосновано обogaћење. Према једном ставу, неосновано обogaћење обухвата само верзионе а не и кондикционе случајеве⁹³⁵, док је друго мишљење инсистирало на томе да међу њима не треба правити разлику те да у будућем законодавству неосновано обogaћење треба прописивати као јединствену установу.⁹³⁶

⁹³³ У претходним напоменама Скице (стр. 7) он каже: „Основна сврха целог посла била је да се после студије целе материје формулишу правила којима ће бити уређени облигациони односи на начин који би најбоље одговарао нашим приликама. И због тога, ако се у неком праву нашло неко правило које се у пракси показало као погодан инструмент да се постигне одређена сврха, није се оклеvalo да се оно прихвати и унесе у текст скице, кад год се дошло до закључка да решење садржано у њему одговара нашим потребама.“

⁹³⁴ Тако је у једној пресуди Окружног суда у Суботици (Посл. бр. Г. 1127/58-33, 30. јануара 1961. године) изречено: „Суд према изложеном сматра да је институт неоснованог обogaћења кроз правну теорију и праксу уопштен и прихваћен у нашем правном поретку, с тим да садржи правила да свако лице може тражити заштиту својих имовинских права за случај смањења његове имовине и постојања обogaћења у имовини другог лица, а без пуноважног правног основа или пак без његовог постојања, а уз остале потребне елементе...“ *Нав. према* Ј. Даниловић (1978), 403.

⁹³⁵ Јури Штемпихар, *Цивилно право, Оснуктк посебнега дела обвезности*, Љубљана 1952, 115. *Ibid.*

⁹³⁶ Стојан Цигој, „Kondikcije in verzije de iure condendo“, *Zbornik znanstvenih razprava*, Љубљана, XXVII, 1, 1958, 17–57. *Ibid.*

Према Скици неосновано обогаћење представља самосталну установу која садржи елементе како кондикционе, тако и верзионе одговорности. На почетку (чл. 168) прописана су општа правила.⁹³⁷ Тако се у ст. 1 овог члана најпре наводи начело да „се нико не може обогатити без основа на туђ рачун”, чију паралелу представља Помпонијева изрека о забрани неоснованог обогаћења (D.12.6.14; D.50.17.206). Затим су прописана два правила којима се уређује општа тужба из неоснованог обогаћења. Према првом правилу (чл. 168, ст. 2): „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан вратити га кад је то могуће, а иначе накнадити вредност постигнутих користи.” Друго правило (чл. 168, ст. 3) гласи: „Ко се неосновано користиовао туђим, дужан је накнадити вредност постигнутих користи.” Општа тужба из неоснованог обогаћења рашчлањена је, дакле, у два става, од којих први санкционише неосновано обогаћење настало тако што је део имовине осиромашеног прешао у имовину обогаћеног, док други уређује остале случајеве неоснованог обогаћења у којима је једно лице остварило корист на терет другог лица без имовинског прелаза.

Након општих правила уређују се поједини случајеви неоснованог обогаћења у којима се препознају случајеви римских кондикција: исплата недугованог (*condictio indebiti*), исплата с обзиром на основ који се није остварио (*condictio causa data causa non secuta*), исплата по неморалном или незаконитом основу (*condictio ob turpem vel iniustam causam*).

1. Решења која су предложена за исплату недугованог умногоне подсећају на римскоправна решења кондикције *indebiti*. Тако се повраћај омогућава само лицу које је било у заблуди о постојању сопствене обавезе плаћања.⁹³⁸ Изричито је уређена ситуација у којој једно лице исплати туђи дуг

⁹³⁷ У Швајцарском грађанском законнику такође се на почетку (чл. 62, ст. 1) наводи опште правило о неоснованом обогаћењу: „Ко се без основа обогатио на рачун другога дужан је да врати оно чиме се обогатио.” превод М. Константиновић (1962), 17. У Немачком грађанском законнику материја неправедног обогаћења такође почиње општим правилом (чл. 812, ст. 1).

⁹³⁸ Чл. 169, ст. 1 Скице: „Ко, верујући да је дужан, плати што није био дужан, има право захтевати да му се исплаћено врати.”

верујући да је на то обавезно.⁹³⁹ Исплатилац тада има право повраћаја од примаоца исплате, изузев уколико прималац након исплате не би могао да оствари потраживање према правом дужнику. То је случај када потраживање према правом дужнику након исплате застари или ако поверилац уништи исправе о свом потраживању или напусти обезбеђења која је имао. Тада се исплатилац мора обратити правом дужнику чију обавезу је испунио и од њега захтевати реституцију. И у римском праву се ускраћује повраћај лицу које је плаћање извршило знајући да на то није обавезно.⁹⁴⁰ У Скици се изричито прописује да се у случају исплате извршене пре рока искључује повраћај.⁹⁴¹ Када дужник исплати пре рока свој дуг, таква исплата се не сматра недугованом због тога што дуг постоји и дан његовог плаћања ће извесно доћи. Дужник, дакле, није платио нешто што није био дужан платити нити је поверилац примио нешто на шта није имао право. Исплату учињену пре рока стога треба схватити као одрицање од рока.⁹⁴² С друге стране, дужник који је исплатио условни дуг пре испуњења услова има право на повраћај изузев ако се услов испунио у међувремену.⁹⁴³ Дуг са одложним условом настаје потпуно тек када услов буде остварен.⁹⁴⁴ Лице које је извршило исплату пре него што се услов остварио може захтевати повраћај с обзиром на то да је неизвесно да ли ће до остварења услова уопште доћи.

Скица се бави и питањем могућности повраћаја оног што је дато на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности или

⁹³⁹ Чл. 169, ст. 2 Скице: „Исто право има ко исплати туђи дуг у погрешном уверењу да је дужан платити, изузев ако је поверилац у међувремену напустио обезбеђење које је имао, или је уништио исправе о свом потраживању, или му је право према правом дужнику застарело, у којим случајевима исплатиоцу остаје право да се обрати правом дужнику.”

⁹⁴⁰ Чл. 170, ст. 1: „Ко изврши исплату знајући да није дужан платити нема право да захтева повраћај, изузев ако је задржао право да тражи повраћај, или ако је платио да би избегао принудно извршење, или неку другу принуду.”

⁹⁴¹ Чл. 171, ст. 1: „Исплата дуга извршена пре рока не даје право захтевати повраћај, нити право на одбијање одговарајућих камата.”

⁹⁴² *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, 156.

⁹⁴³ Чл. 171, ст. 2: „Дужник има право захтевати повраћај ако је исплатио условни дуг пре испуњења услова, изузев ако се услов испунио у међувремену.”

⁹⁴⁴ *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, 156.

дуга савести.⁹⁴⁵ Природна облигација није *indebitum*, она постоји али је лишена санкције, због чега се њено испуњење не може захтевати принудним путем.⁹⁴⁶ Исто важи и за извршење моралне или друштвене дужности или дуга савести. Чињеница да се дужник не може принудити на њихово испуњење не значи да их дужник не дугује. Напротив, уколико их испуни, сматра се да је извршио свој дуг па нема места повраћају.

У ситуацији када је исплату извршио дужник али не повериоцу већ погрешном лицу, при чему је дуг угашен, прималац је оно што је неосновано примио дужан да уступи правом повериоцу.⁹⁴⁷

2. У Скици се посебним чланом уређује повраћај који се у римском праву остваривао кондикцијом *ob causam finitam*, односно *causa data causa non secuta*. Тако, према члану 173⁹⁴⁸, основ обogaћења може постојати у тренутку када је извршен пренос вредности из имовине једног лица у имовину другог лица. Међутим, може се десити да основ који је у почетку постојао доцније отпадне, због чега и обogaћење постаје неосновано. У том случају се мора извршити његов повраћај. То бива, на пример, у ситуацији када се нешто прими на основу извршења уговора који накнадно буде раскинут или када поклонодавац опозове учињени поклон.⁹⁴⁹ Неосновано обogaћење настаје и када се престација изврши у ишчекивању да ће се њен основ остварити а то се не догоди. Примери за то су када унапред буде исплаћена плата за рад на одређено време па уговор о раду не буде закључен, или када неко унапред плати закупнину а уговор о закупу не буде

⁹⁴⁵ Чл. 172: „Не може се тражити натраг оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обвезе или неке моралне или друштвене дужности, или дуга савести“.

⁹⁴⁶ *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, 157.

⁹⁴⁷ Чл. 174, ст. 1: „Ко је примио исплату туђег потраживања којом се то потраживање пуноважно угасило, дужан је примљено уступити правом повериоцу“. Овај члан сличан је чл. 816, ст. 2 BGB: „Ако се невласном лицу изврши чинидба, која има дејство према власном лицу, невласно лице је обавезно да власном лицу изда оно што је примило“. (Превод. Ч. Марковић, 119.)

⁹⁴⁸ Чл. 173: „Право захтевати да му се врати оно што је исплатио има и онај који је платио што је био дужан, ако је основ дуга доцније отпао, као и онај који је платио с обзиром на будући основ, ако се тај основ не оствари“.

⁹⁴⁹ *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, 158-159.

закључен, или када поклонодавац учини поклон због очекиваног закључења брака поклонопримца па до брака уопште не дође. У тим примерима исплата је учињена да би наступио правни основ који се огледа у закључењу неког уговора. Како уговор није склопљен, циљ исплате није остварен, због чега се и примљена исплата сматра неоснованом те је прималац дужан да изврши њен повраћај. Тужба којом се потражује повраћај назива се *condictio ob causam futuram* или *condictio ob causam non secutam*.⁹⁵⁰

3. У Скици се посебно уређује стицање које почива на неморалном и незаконитом основу које одговара римској кондикцији *ob turpem vel iniustam causam*. Прималац који је био неморалан због тога што је примио нешто да би се понашао онако како је иначе дужан да се понаша обавезује се да изврши повраћај.⁹⁵¹ Реституција се, као и у римском праву, ускраћује даваоцу који је извршио исплату за дело за које је био свестан да је забрањено.⁹⁵² Међутим, према римском решењу, прималац је тада задржавао примљено. Такво решење је неправично зато што се у ситуацији у којој су обе стране неморалне кажњава само давалац. У Скици се одступа од римског права јер се корист коју је примило несавесно лице одузима и предаје фонду за културу општине на чијој територији прималац има пребивалиште.⁹⁵³

⁹⁵⁰ *Ibid.*, 158.

⁹⁵¹ Чл. 175, ст. 1 Скице: „Ко прими штогод да би се уздржао од неког недопуштеног дела, или да би извршио радњу коју је иначе дужан извршити, дужан је вратити примљено као несавесно обогаћени.”

⁹⁵² *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (Paulus D.12.5.3).

⁹⁵³ Чл.175, ст. 2 Скице: „Ко другоме обећа награду за дело за које зна да је противно закону, јавном поретку или моралу није дужан исплатити је, али ако је исту исплатило не може је натраг тражити, без обзира да ли је дело извршено или не, нити је може задржати за себе онај коме је дата, него је дужан предати све што је примио, односно вредност примљеног, фонду за културу општине на чијој територији он има пребивалиште.”

6.2.1. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ ПО СКИЦИ

Према општем правилу, обogaћени је дужан да врати оно што је примио.⁹⁵⁴ Ако је примио суму новца или другу заменљиву ствар, он је дужан да врати исту суму новца односно ствар исте врсте, количине и квалитета. Уколико је примио индивидуално одређену ствар, обавезује се да изврши њен повраћај под условом да је то могуће. Не може се вратити индивидуално одређена ствар ако је у међувремену пропала или ју је обogaћени пуноважно отуђио. У том случају он се обавезује да накнади вредност постигнутих користи.⁹⁵⁵ Међутим, ако и случају пуноважног отуђења туђе ствари накнада још није исплаћена отуђиоцу, осиромашени може непосредно од прибавиоца захтевати плаћање накнаде.⁹⁵⁶

Решење из Скице обликовано је према начелима савременог института неоснованог обogaћења. Према том решењу, тужени који не може да изврши натуралну реституцију одговара за корист коју је остварио. У Скици, дакле, нема помена о плаћању вредности ствари која је карактеристична за кондикциону одговорност.⁹⁵⁷ Решење према којем обogaћени одговара за остварену корист преузето је из верзионе одговорности. У кондикционој одговорности, напротив, остварена корист није битан елемент, већ је то предмет стицања.⁹⁵⁸ Правило да је обogaћени првенствено дужан да изврши повраћај примљеног (натурална реституција), а тек уколико то није могуће, да исплати вредност постигнутих користи, најбоље изражава сједињеност елемената кондикционе и верзионе одговорности која је карактеристична за институт неоснованог обogaћења.

⁹⁵⁴ Чл.168, ст. 2 Скице.

⁹⁵⁵ *Ibid.*

⁹⁵⁶ Чл. 174, ст. 2: „Исто важи у случају пуноважног отуђења туђе ствари, а ако накнада није још исплаћена отуђиоцу, сопственик се може обратити непосредно прибавиоцу.”

⁹⁵⁷ У случају да је немогуће извршити натуралну реституцију примљене ствари, кондикција је усмерена на исплату њене вредности. За разлику од Скице, у белешкама са предавања професора Михаила Константиновића (стр. 160) нема помена о предаји користи у случају отуђења индивидуално одређене ствари већ се обogaћени обавезује да плати њену вредност. Различитост решења долази до изражаја када вредност ствари не одговара купопродајној цени.

⁹⁵⁸ Кондикциона одговорност на основу које се враћа оно што је примљено предвиђена је у чл. 1435 Аустријског грађанског законика.

Приликом реституције плодова води се рачуна о савесности. Тако, ако је обogaћени био савестан јер није знао нити је био дужан да зна да је неосновано примио оно што се од њега натраг потражује, задржава приходе које је имао од ствари.⁹⁵⁹ Уколико је, пак, био несавестан (знао је или је требало да зна за неоснованост свог обogaћења), дужан је да врати све приходе које је имао од примљене ствари чак и оне које је пропустио да оствари.⁹⁶⁰ Када се обogaћење састоји у суми новца, тужени је дужан да уз примљену суму плати и законску камату од дана када је сазнао да је новац неосновано примио.⁹⁶¹ Обogaћени који је био савестан може накнадно да сазна за неоснованост свог стицања па од тренутка тог сазнања постаје несавестан сходно чему се примењују правила о несавесном стицаоцу. Савестан стицалац постаје несавестан најкасније у тренутку подизања тужбе за повраћај.

Постоје случајеви када неосновано обogaћење није наступило услед тога што је део имовине осиромашеног прешао у имовину обogaћеног лица. Тако, на пример, једно лице може неовлашћено да употребљава туђу ствар (врши туђе право интелектуалне својине и сл.) или да оствари корист од рада који је неосновано извршило друго лице. Имајући у виду такве случајеве неоснованог обogaћења, у Скици се предвиђа правило да се лице које се „неосновано користовало туђим”, то јест које је неосновано остварило корист на терет другог лица обавезује да том лицу изврши исплату у вредности постигнуте користи.⁹⁶²

6.3. ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Доношењем Закона о облигационим односима 1978. године у домаће право је уведен јединствен институт правно неоснованог обogaћења под називом „стицање без основа” (чл. 210–219).

⁹⁵⁹ *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, 160.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² Чл. 168, ст. 3.

Опште правило о стицању без основа налази се у чл. 210, ст. 1: „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.”⁹⁶³ Према владајућем мишљењу, тим чланом је предвиђена општа тужба из неоснованог обогаћења.⁹⁶⁴ У прилог ставу да у том члану треба видети општу тужбу из неоснованог обогаћења истиче се то што се као релевантно узима неосновано стицање до кога је дошло „на било који начин”. Управо је функција опште тужбе из неоснованог обогаћења да омогући санкционисање свих случајева неоснованог стицања користи на туђ рачун који нису посебно регулисани.⁹⁶⁵

Осим општег правила у чл. 210, ст. 2, прописана су два посебна случаја стицања без основа: „Обавеза враћања, односно накнаде вредности, настаје и када се нешто прими с обзиром на основ који се није остварио или који је касније отпао.”

У новијој судској пракси случајеви стицања с обзиром на основ који се није остварио забележени су у вези са примањем исплате дела договорене купопродајне цене с обзиром на предстојеће закључење купопродајног уговора до кога није дошло.⁹⁶⁶ Случајеви када је основ у почетку постојао али је накнадно отпао догодили су се у вези са принудним извршењем спроведеним на основу

⁹⁶³ То правило је готово идентично оном које је у чл. 168, ст. 2 предложено у Скици проф. Константиновића.

⁹⁶⁴ Према владајућем мишљењу, чл. 210, ст. 1 прописује општу тужбу из неоснованог обогаћења која је примењива како на случајеве кондикције тако и на случајеве тужбе *de in rem verso*. Остали чланови (211–219) представљају само разраду овог основног правила. Тако С. Перовић (1995), 483; О. Антић (2012), 534. Постоји и другачије мишљење да су чланом 210 уређени само случајеви који се односе на кондикције, док су случајеви који се тичу тужбе *de in rem verso* прописани посебно у чл. 217 и 218 ЗОО. Вид. Ј. Даниловић (2001), 507.

⁹⁶⁵ Посебан случај неоснованог обогаћења представља корист стечена вршењем пословодства без налога, за чији повраћај се прописују посебна правила. Види чл. 223, ст. 1 ЗОО. Чак иако нису испуњени услови који се захтевају за пословодство без налога, лице које врши посао у намери да другом помогне има право на накнаду учињених трошкова до висине користи обогаћеног лица (чл. 224 ЗОО).

⁹⁶⁶ Вид. пресуду Апелационог суда у Београду Гж. бр. 6432/10 од 16. септембра 2010. године.

извршне исправе која је потом укинута⁹⁶⁷, као и исплатом накнаде по основу решења о експропријацији које је накнадно поништено.⁹⁶⁸

6.3.1. ИСПЛАТА НЕДУГОВАНОГ

Домаћи законодавац није изричито прописао исплату недугованог (*condictio indebiti*), већ се она изводи из општег правила (чл. 210, ст. 1).⁹⁶⁹ Иако није дато њено опште одређење, у четири члана (211, 212, 213, 216) уређена су поједина питања те врсте кондикције на основу којих се посредно закључује које су њене карактеристике у српском праву. Тако, из члана 211, којим је прописано када се не може тражити повраћај плаћеног, произилази да је неопходан елемент исплате недугованог заблуда исплатиоца о постојању дуга.^{970, 971} Међутим,

⁹⁶⁷ Вид. пресуду Врховног касационог суда РС Рев. 170/10 од 22. априла 2010. године којом је одбијена ревизија туженог изјављена против пресуде Окружног суда у Београду Гж. бр. 11946/07 од 24. октобра 2007. године. Наиме, на основу правоснажне и извршне пресуде првостепеног суда донето је решење о извршењу које је извршено пребацивањем новчане суме са рачуна туженог на рачун тужиоца. У међувремену је Врховни суд Србије решењем укинуо извршну исправу због чега је у поновљеном поступку одбијен тужбени захтев за накнаду материјалне штете. Тужени није поднео извршном суду предлог за противизвршење већ је парничном суду поднео тужбу за повраћај стеченог по основу који је касније отпао из чл. 210, ст. 2 ЗОО. Суд је усвојио тужбени захтев и обавезао туженог да тужиоцу врати износ који је примио на основу принудног извршења, до кога је дошло на основу извршне исправе која је потом укинута. Осим тога, тужени је обавезан да плати и законску затезну камату почев од дана када је поднета тужба. Другостепени суд је потврдио првостепену пресуду, након чега је тужени изјавио ревизију Врховном касационом суду. ВКС је одбио ревизију као неосновану и потврдио да се у погледу исплате затезне камате тужени сматра савесним лицем те да се сходно чл. 214 ЗОО обавезује на њену исплату почев од дана када је поднета тужба за повраћај. С обзиром на то да је основ исплате отпао тиме што је решењем Врховног суда Србије (Рев. бр. 4084/01 од 18. децембра 2002. године) укинута извршна исправа, те да је након тога у поновљеном поступку одбијен тужиочев захтев, сматрамо да је на исплату затезне камате требало применити правило које важи за несавесно лице јер је тужени за неоснованост свог стицања сазнао у време када је првостепена пресуда у поновљеном поступку постала правоснажна, то јест пре него што је против њега подигнута тужба за повраћај. Према чл. 214 ЗОО несавесно лице плаћа затезну камату од дана стицања који се у конкретном случају десио још када је извршен пренос средстава на рачун туженог.

⁹⁶⁸ Вид. пресуду Апелационог суда у Београду Гж.1846/10 од 21. децембра 2010. године.

⁹⁶⁹ С. Перовић (1995), 492.

⁹⁷⁰ 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.”

⁹⁷¹ У једном случају тужилца која се налазила на привременом раду у иностранству слала је новчана средства туженима (брачном пару) верујући да тако извршава обавезу из уговора о доживотном издржавању. Како уговор о доживотном издржавању који је тужилца склопила са

заблуда се не захтева уколико је исплатилац задржао право да тражи враћање или је платио да би избегао принуду која може долазити било од физичког лица, било од државног органа.⁹⁷² Заблуда се не захтева ни када је исплату извршило треће лице. У судској пракси је пре доношења ЗОО било случајева да у поступку принудног извршења наплата буде извршена од лица које није било дужник.⁹⁷³ Према ЗОО, лице из чије имовине је обавеза принудно наплаћена има право повраћаја применом чл. 210, ст. 1.

С друге стране, у пракси су забележени случајеви када је дужник пре или у току извршног поступка сâм измирио своју обавезу из извршног наслова, а да је након тога поверилац, користећи се извршним насловом, захтевао у извршном поступку принудну наплату. То се дешавало најчешће онда када је дужник дао налог за исплату, али је због спорости трансакција банке повериоцу новац легао на рачун тек после неколико дана.⁹⁷⁴ У међувремену, ненамирени поверилац захтевао је од суда дозволу извршења. Отуда се дешавало да поверилац буде дупло исплаћен: једном по основу вирманског налога дужника, а други пут на

туженима није био важећи јер није био оверен у суду, исплаћена средства представљају исплату недугованог. Примљен новац тужени су употребили за изградњу одређених ствари чиме су неосновано увећали своју имовину. Првостепени суд је усвојио тужбени захтев и обавезао тужене да тужилци солидарно исплате износ за који су се обогатили а који је утврђен налазом вештака. Против другостепене пресуде којом је потврђена одлука првостепеног суда тужени су изјавили ревизију Врховном касационом суду који ју је као неосновану одбио. Међутим, у образложењу пресуде Врховни касациони суд истиче да се повраћај средстава врши на основу чл. 210, ст. 2 ЗОО због тога што је основ исплате отпао након изјаве тужених о раскиду уговора о доживотном издржавању. Сматрамо да се у том случају не врши повраћај исплате чији је основ у почетку постојао али је накнадно отпао (*condictio ob causam finitam*) већ исплате недугованог (*condictio indebiti*). Ово стога што је уговор о доживотном издржавању као основ исплате од самог почетка био ништав јер није склопљен у прописаној форми. Будући да је тужилца слала новац верујући да тако извршава обавезу давања издржавања која уопште није постојала, извршено плаћање представља типичан пример исплате недугованог. Вид. пресуду Врховног касационог суда РС Рев. 864/10 од 9. септембра 2010. године.

⁹⁷² Вид. више С. Перовић (1995), 505.

⁹⁷³ У једном случају принудну наплату је извршило лице које је било погрешно означено као правни следбеник правог дужника и његов захтев за повраћај нижестепени судови су правоснажно одбили са образложењем да је пропустио благовремено да уложи жалбу на решење о дозволи извршења о принудној наплати. Савезни врховни суд усвојио је тужиоачеву ревизију изрекавши: „Из основа неоправданог обogaћења може се захтевати повраћај износа који је у поступку извршења по правоснажној пресуди принудно наплаћен од лица које том пресудом није осуђено на плаћање.” Вид. одлуку Савезног врховног суда Рев. бр. 1212/59 од 9. фебруара 1960. године. *Нав. према* Велибор Лукић, „Обogaћење без основа и захтев за повраћај принудно наплаћеног”, *Правни живот* 4/1966, 54.

⁹⁷⁴ В. Лукић, 56.

основу решења суда. Осим тога, било је случајева да је предузеће коме је дуг иначе био намирен, због лошег вођења пословних књига тражило и издејствовало принудно извршење.⁹⁷⁵ Томе је погодовала пракса привредних судова који су решење о дозволи извршења у исто време достављали и странкама и банкама на спровођење, не чекајући правоснажност и евентуално улагање правних лекова.⁹⁷⁶ Имајући у виду учесталост случајева дупле исплате, у чл. 212 ЗОО предвиђено је да исплатилац има право на повраћај када је платио два пута исту обавезу.⁹⁷⁷

Премда не даје позитивну дефиницију исплате недугованог, законодавац прописује шта се не сматра исплатом недугованог. Тако, исплата извршена по основу природне обавезе, моралне или друштвене дужности не представља исплату недугованог, због чега је искључено право повраћаја.⁹⁷⁸ Реституција је искључена и онда када је исплата извршена на основу накнаде штете због повреде тела, нарушења здравља или смрти (чл. 216).⁹⁷⁹ У том случају исплатилац, иако нема обавезу накнаде штете, не може да захтева повраћај исплате од савесног примаоца (који оправдано верује да је исплатилац дужник накнаде). Притом, прималац није дужан да изврши повраћај чак и да је исплатилац био у заблуди о постојању своје обавезе плаћања.⁹⁸⁰ Исплатиоцу се ипак пружа заштита те се овлашћује да захтева повраћај плаћеног од правог дужника чију обавезу је угасио.⁹⁸¹

Исплата пре рока такође не представља исплату недугованог, чак ни онда када је исплатилац био у заблуди да је рок исплате већ доспео.⁹⁸² Међутим, за

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ Чл. 212 ЗОО: „Ко је исти дуг платио два пута, па макар једном и по основу извршене исправе, има право тражити враћање по општим правилима о стицању без основа.”

⁹⁷⁸ Чл. 213 ЗОО: „Не може се тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности.”

⁹⁷⁹ Чл. 216 ЗОО: „Не може се тражити враћање неосновно плаћених износа на име накнаде штете због повреде тела, нарушења здравља или смрти, уколико је исплата извршена савесном прибавиоцу.”

⁹⁸⁰ С. Перовић (1995), 512.

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² Ј. Даниловић (1978), 418.

разлику од Скице (чл. 171, ст. 1), која у таквој ситуацији изричито искључује реституцију, ЗОО не садржи пропис сличне садржине, на основу чега не треба закључити да је намера законодавца била да се дозволи повраћај.⁹⁸³

Исплата је недугована не само када основ плаћања уопште не постоји, већ и онда када је он ништав. Иако исплата може бити извршена на основу различитих неважећих правних аката,⁹⁸⁴ најчешће се ради о ништавом уговору. Да би се утврдила исплата недугованог, најпре треба испитати да ли постоји важећи уговор. Исплата је неоснована ако недостаје један од општих услова који се захтевају за настанак и дејство уговора.⁹⁸⁵ Међутим, не дозвољава се повраћај плаћеног у свим случајевима неважећег уговора. Наиме, у случајевима у којима је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима суд може ускратити реституцију несавесном исплатиоцу.⁹⁸⁶ Иако се учињена исплата сматрала недугованом, судови су пре доношења ЗОО одбијали повраћај плаћеног на име зајма у сврху коцкања.⁹⁸⁷ С друге стране, када се радило о неморалним уговорима на основу којих се оцу девојке плаћала извесна вредност да би се она удала за одређеног човека („куповина младе”), а до брака није дошло, у судској пракси постојали су различити ставови поводом досуђивања реституције.⁹⁸⁸ Иако је са

⁹⁸³ Повраћај исплате извршене пре рока изричито забрањују: Француски грађански законик (чл. 1186), Аустријски грађански законик (чл. 1424), Немачки грађански законик (чл. 813, ст. 2).

⁹⁸⁴ У судској пракси после Другог светског рата било је случајева у којима је тражен повраћај имовине због неважеће одлуке о конфискации или због учињених грешака при поступку заплене конфисковане имовине. Вид. више Бранко Базала, „Накнада у случају немогућности враћања конфисциране имовине”, *Наша законитост*, Загреб 1953, 55–56.

⁹⁸⁵ Да би уговор настао и производио дејства, треба да буду испуњени услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета и основа, а понекад и форме уговора. Вид. више С. Перовић (1980), 245–366.

⁹⁸⁶ Чл. 104, ст. 2 ЗОО.

⁹⁸⁷ „Уговор о зајму новца датог са циљем да се употреби у игри коцке нема правне важности и не ужива судску заштиту.” Пресуда Врховног суда Србије Гзз.-382/72 од 29. јануара 1973. године, нав. према *Правни живот* 8-9/1973, 75.

⁹⁸⁸ Врховни суд НР Србије у образложењу пресуде бр. Гж 2940/956 од 20. јануара 1957. године, којом је усвојио жалбу туженог и преиначио пресуду окружног суда којом је тужбени захтев за повраћај био усвојен, наводи: „Окружни суд је погрешно, када је делимично усвојио тужбени захтев и нашао да је тужени дужан да примљени новац и ствари врати тужиоцу по основу неправедног обогаћења. Из саме тужбе, исказа испитаних сведока и саслушања парничара као

становишта савремених друштвених схватања реч о неморалном правном послу, у одређеним крајевима куповина младе представља обичај због чега се на њу не гледа као на нешто неморално. Отуда се пред судове поставља питање чему треба дати превагу: да ли ширем друштвеном схватању и због правила *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ускратити повраћај, или узети у обзир локални обичај који налаже куповину невесте. Притом треба водити рачуна да ускраћивање реституције у таквим случајевима може водити другој, неспорно неморалној појави – шпекулацији у вршењу тог обичаја.⁹⁸⁹ С друге стране, према важећем пропису, у ситуацији у којој су обе стране несавесне, суд може одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште, односно пребивалиште или боравиште.⁹⁹⁰

Ускраћивање повраћаја исплате која је извршена на основу забрањеног уговора може се прописати у оквиру института неоснованог обogaћења. То решење усваја Скица у чл. 175, ст. 2 ЗОО, али повраћај извршеног на основу забрањеног уговора уређује у одсеку посвећеном неважности уговора.⁹⁹¹

странака произилази да се у овом случају ради у суштини о купопродаји туженикове кћери тужиочевом сину, јер су и новац и ствари дате тужиоцу под условом да се тужиочев син ожени тужиочевом кћери, а што претставља неморалан правни посао. Према томе, с обзиром да се овде ради о потраживању које потиче из једног неморалног правног посла, то се тужиоцу не може пружити правна заштита, односно тужилац не може тражити повраћај новца и ствари које је дао туженику по основу таквог правног посла.” *Нав. према* А. Гамс „Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова”, *Анали ПФБ*, 2/1958, 206

⁹⁸⁹ А. Гамс (1958), 210.

⁹⁹⁰ Чл. 104, ст. 2 ЗОО.

⁹⁹¹ *Ibid.*

6.3.2. ВЕРЗИОНА ТУЖБА

У чл. 217 ЗОО предвиђена је верзиона тужба: „Ако је неко своју или туђу ствар употребио на корист трећег, а нема услова за примену правила о пословодству без налога, трећи је дужан вратити ствар, односно, ако то није могућно, накнадити њену вредност.” Верзиона тужба српског права слично је формулисана као и верзиона тужба аустријског права (чл. 1041 ABGB)⁹⁹² јер се њена примена изричито искључује уколико су испуњени услови за примену пословодства без налога. Међутим, док је верзиона тужба аустријског права преузела функцију опште тужбе из неоснованог обogaћења у домаћем праву, она представља само један вид стицања без основа које је уређено општим правилом из чл. 210, ст. 1.

Употреба ствари у туђу корист представља обogaћење настало радњом осиромашеног лица (када неко употреби своју ствар у туђу корист)⁹⁹³ или радњом трећег лица (када неко употреби ствар једног лица у корист другог лица).⁹⁹⁴ Онај ко употреби ствар у туђу корист може бити савестан или несавестан.⁹⁹⁵ У случају употребе сопствене ствари, осиромашени је савестан ако верује да корист од њене употребе остварује он а не друго лице.⁹⁹⁶ Када једно лице употреби туђу ствар у корист трећег, сматра се савесним уколико је веровало да је власник ствари или да

⁹⁹² Чл. 1041 ABGB: „Ако је без деловодства каква ствар на туђу корист, употребљена, онда је власник може у природи натраг захтевати или, ако се ово не може више учинити, тражити вредност, коју је она имала у време кад је била употребљена, ма да је корист од те употребе доцније осујећена.”

⁹⁹³ Осиромашени својим камионом превезе туђу роба у уверењу да је превезао своју. Вид. С. Перовић (1995), 512. У случајеве употребе своје ствари у туђу корист спадају и случајеви грађења на туђем земљишту. Вид. *Коментар ЗОО (Б. Благојевић, В. Круљ)*, 824.

⁹⁹⁴ Аутомеханичар део који је у власништву једног лица угради у аутомобил другог лица. Вид. више С. Перовић (1995), 513.

⁹⁹⁵ Питање савесности нарочито је значајно у случајевима неоснованог обogaћења до кога долази грађењем на туђем земљишту. Због тога је Врховни суд Југославије изрекао: „У спору око грађења на туђем земљишту суд је дужан узети у обзир не само однос вриједности грађевине и земљишта односно права коришћења земљишта, већ и поштење и савјесност градитеља, као и држање власника земљишта у току грађења.” Решење Врховног суда Југославије, Рев. 87/71 од 8. априла 1971. године. *Збирка судских одлука, књ. 16, св. 2, 1971, бр. 217.*

⁹⁹⁶ Осиромашени сопственим камионом превезе робу за коју верује да је његова док у стварности она припада другом лицу. С. Перовић (1995), 512.

га је на употребу туђе ствари овластио њен власник. Несавесно је оно лице које зна да неосновано употребљава туђу ствар у корист трећег лица. У том случају долази у обзир примена правила о накнади штете коју је претрпео власник или правно овлашћени ималац ствари.⁹⁹⁷ Уколико, пак, ималац ствари свесно употреби своју ствар у туђу корист, уз испуњење осталих претпоставки, долази у обзир примена правила о пословодству без налога.

У чл. 217 ЗОО не говори се о употреби рада, али се широким тумачењем термина ствар овај члан може применити и на случајеве улагања рада у корист другог без намере пословодства. У судској пракси такви случајеви су се најчешће тicali рада једног партнера у ванбрачној заједници. У доба када ванбрачна заједница није била правно призната, Савезни врховни суд је 1954. године издао упутство према којем се након њеног развргнућа накнада за допринос који је у тој заједници дао један брачни друг има расправљати према правилима о неоснованом обогаћењу.⁹⁹⁸ Сходно томе, захтевало се утврђивање остварене користи туженог која се могла огледати било у увећању имовине, било у њеном очувању.⁹⁹⁹ Штавише, суд је усвајао тужбени захтев по основу неоснованог обогаћења и онда када између ванбрачних партнера није постојала заједница

⁹⁹⁷ Независно од проузроковања штете и одговорности за њу, у случају употребе туђе ствари у туђу корист настаје правно неосновано обогаћење између власника, односно правно овлашћеног имаоца ствари (закупца) и трећег лица у чију корист је ствар употребљена. У том случају власник, односно правно овлашћени ималац ствари може да бира између тужбе за накнаду штете коју подиже против лица које је неосновано извршило употребу ствари у туђу корист и тужбе из неоснованог обогаћења усмерене против трећег лица у чију корист је ствар употребљена. Вид. С. Перовић (1995), 513.

⁹⁹⁸ Савезни врховни суд, бр. 42/54 од 4. марта 1954. *Збирка одлука врховних судова 1953-55*, Београд 1957, стр. 42, *нав. према* Ј. Даниловић (1978), 424. Исто мишљење изражено је и у пресуди Врховног суда Србије из 1969. године: „Нема заједничког стицаја у ванбрачној заједници. Јер се на такву заједницу не могу примењивати начела из члана 8. ОЗБ, која важе за стицање радом у брачној заједници. Код стицања у ванбрачној заједници се према правним правилима имовинског права суди по томе који је од ванбрачних другова власник стечене ствари. Другом ванбрачном другу може се у одговарајућој мери признати само тражбено право према првом ванбрачном другу, а за његов удео у стицању.” Вид. пресуду ВСС – Одељење у Н. Саду – Гж. 109/69 од 27. марта 1969, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 191.

⁹⁹⁹ „За постојање неоснованог обогаћења није довољно да је утврђено само то да је тужиочев рад веће вредности од онога што је он од туженика добио, већ је потребно да се утврди и то да је тај вишак вредности тужиочевог рада користио туженику било у виду увећане његове имовине или њене вредности, било у виду очувања те имовине.“ Савезни Врховни суд, Рев. 1349/62, од 22. јуна 1962, Гж. 4314/61, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 180. Исти став заузет је у одлуци ВСС – Н. Сад – Гж. 2849/65, *Ibid.*, бр. 187.

живота и рада.¹⁰⁰⁰ Осим обогаћења насталог у ванбрачној заједници, судови су досуђивали реституцију користи коју је у породичној заједници остварио један тазбински сродник на терет другог.¹⁰⁰¹ Тужба из неоснованог обогаћења застарева у року од десет година. Притом, застарелост потраживања из неоснованог обогаћења туђим радом у заједничком домаћинству не тече док та заједница траје.¹⁰⁰² Ванбрачни друг односно лице које је уложило рад у економској заједници има право да у наведеном року застарелости остварује своје потраживање у целини, а не само за период од последњих десет година.¹⁰⁰³

6.3.2.1. Употреба ствари у своју корист

Посебан случај обогаћења насталог радњом обогаћеног лица представља употреба туђе ствари у сопствену корист која је регулисана у чл. 219 ЗОО: „Кад је неко туђу ствар употребио у своју корист, ималац може захтевати, независно од права на накнаду штете, или у одсуству ове, да му овај накнади корист коју је имао од употребе.” На примену те одредбе не утиче да ли је обогаћени био савестан. Стога обавеза реституције постоји без обзира на то да ли је обогаћени знао да употребљава туђу ствар. Уколико је био несавестан (знао је или је могао знати да туђу ствар неосновано употребљава), долази у обзир примена правила о грађанској одговорности. Закон је, међутим, изричит да право реституције постоји

¹⁰⁰⁰ „Ако се ради о таквој ванбрачној заједници мушкарца и жене у којој није постојала заједница живота и рада а ипак се један члан заједнице пожртвовано залагао у пружању личних услуга другоме и старању о пословима његовог газдинства, те ако је тиме допринео очувању имовине тог другог члана заједнице, онда он може у складу са правним правилима имовинског права основано захтевати одређени износ са наслова неоправданог обогаћења уколико није поступао *donandi causa*.“ ОВСС –Нови Сад – Гж. 1247/67, *Ibid.*, бр. 190.

¹⁰⁰¹ „Снаха може тражити од свекра, па према томе и од свекровог оца као сопственика поседа, накнаду за свој рад на његовој имовини уколико је тим радом допринела на увећању односно побољшању његове имовине.“ Пресуда ВСС Гж. 182/63 од 22.2.1963. год. *Ibid.*, бр. 183.

¹⁰⁰² „Застаревање потраживања по основу неоправданог обогаћења не тече док постоји економска заједница у којој је неоправдано обогаћења настало.“ Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 23/69 од 11.2.1969. год, *Збирка судских одлука, књ. 14, св. 3*, Београд 1969, бр. 298.

¹⁰⁰³ „Од дана престанка заједнице ванбрачном другу као члану домаћинства припада право да у застареном року остварује своје потраживање, и то у цјелини, а не само за раздобље од посљедњих десет година.“ Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Гж. 668/68 од 21. маја 1968. год, *Збирка судских одлука, књ. 13, св. 3*, Београд 1968, бр. 275.

независно од права на накнаду штете. То треба тумачити тако да у ситуацији када су, осим стицања без основа, испуњени услови за накнаду штете осиромашени може да бира да ли ће захтевати реституцију користи или накнаду претрпљене штете.¹⁰⁰⁴ Као осиромашени јавља се лице на чији је рачун употребљена ствар која се квалификује као туђа. Осим власника, у својству осиромашеног може се јавити и други правно овлашћени ималац ствари попут закупца.¹⁰⁰⁵ У последње време, развојем технологије и средстава комуникације све чешће се јављају случајеви да неко остварује корист повредом туђег права интелектуалне својине или одређеног права личности. Отуда се у својству осиромашеног у вези с чл. 219 може наћи титулар повређеног права интелектуалне својине или права личности који од обogaћеног (повредиоца) захтева накнаду остварене користи.¹⁰⁰⁶

6.3.2.2. Издатак за другог

У посебном члану 300 уређује се случај правно неоснованог обogaћења који настаје извршењем туђе законске обавезе. Према чл. 218 300: „Ко за другог учини какав издатак или нешто друго што је овај по закону био дужан учинити, има право захтевати накнаду од њега.”

Као осиромашени се појављује лице које је извршило престацију коју је по закону био дужан извршити обogaћени. Корист коју је остварио обogaћени огледа се у уштеди трошкова које би имао да је извршио обавезу која га терети. За остварење права на повраћај нема значаја да ли је осиромашени био свестан да испуњава обавезу обogaћеног. Нарочито се лицу које је свесно испунило туђу законску обавезу жели пружити заштита тиме што му се омогућава регрес од дужника – обogaћеног лица. Наиме, закон прописује обавезе појединаца за чије извршење постоји јавни интерес. Отуда се лицу које је извршило туђу законску

¹⁰⁰⁴ С. Перовић (1995), 514.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ Вид. чл. 119 Закона о јавном информисању и медијима „Сл. гласник РС”, бр. 83/2014.

обавезу треба дозволити повраћај од дужника јер се у противном нико не би усудио да изврши туђу обавезу.

У судској пракси се случајеви извршења туђе обавезе најчешће јављају поводом законске обавезе издржавања малолетног детета. У вези са тим постоји колебање да ли треба признати право на регрес родитељу који је искључиво или у делу већем него што је обавезан учествовао у издржавању детета према другом родитељу који је ту своју обавезу у целини или делимично занемарио. Поводом тога поставља се питање примене чл. 165 Породичног закона РС¹⁰⁰⁷ према коме: „Лице које је фактички давало издржавање а није имало правну обавезу има право на накнаду од лица које је по овом закону било дужно да даје издржавање.” Како су родитељи по закону дужни да издржавају своју децу¹⁰⁰⁸, у једном броју судских пресуда одлучено је да родитељ за издржавање заједничког детета нема право регреса од другог родитеља.¹⁰⁰⁹ Разлог је у томе што се чл. 165 ПЗ односи само на треће лице које није имало законом прописану дужност давања издржавања. Према другом ставу, који нам се чини прихватљивијим на случајеве у којима један родитељ потражује накнаду дела трошкова на име издржавања малолетног детета од другог родитеља, не примењује се чл. 165, ст. 1 ПЗ већ опште правило

¹⁰⁰⁷ Породични закон „Сл. гласник РС”, бр. 18/2005 и 72/2011 – ПЗ.

¹⁰⁰⁸ Чл. 65 Устава РС, чл. 73, 68, 154 и 155 ПЗ.

¹⁰⁰⁹ Вид. пресуду Врховног касационог суда Рев. 857/10 од 15. септембра 2010. године, у којој је наведено: „Одредбом члана 165 став 1 Породичног закона, лице које је фактички давало издржавање, а није имало правну обавезу, има право на накнаду од лица које је по овом закону било дужно да даје издржавање. Имајући наведено у виду, правилно су нижестепени судови одбили евентуални тужбени захтев тужиље да јој тужени на име регреса за издржавање њихове заједничке деце исплати тражени износ. Стога што је тужиља, као родитељ, имала законску обавезу да доприноси издржавању заједничке малолетне деце странака, па зато нема право на накнаду датих средстава за издржавање од лица које је по закону такође дужно да даје издржавање.” Регресни захтев мајке за трошкове издржавања детета поднет против оца детета одбијен је и у пресуди Апелационог суда у Београду Гж.2 837/11 од 19. октобра 2011. године. против које је тужиља изјавила ревизију. Врховни касациони суд одбио је ревизију са образложењем да је тужиља законски обвезник издржавања малолетног детета према чл. 73 и 154, ст. 1 Породичног закона, због чега јој је право на накнаду датог издржавања искључено применом члана 165, ст. 1 ПЗ. Вид. пресуду Врховног касационог суда РС Рев. 90/12 од 8. фебруара 2012. године. Из истих разлога Апелациони суд у Београду одбио је као неоснован захтев једног родитеља за накнаду трошкова на име издржавања заједничког детета подигнут против другог родитеља у још неколико пресуда. Вид. пресуде Апелационог суда у Београду: Гж.2-837/11 од 19. октобра 2011; Гж.2 836/12 од 9. октобра 2012; Гж.2 бр. 1234/12 од 24. децембра 2012.

из чл. 218 ЗОО¹⁰¹⁰ због тога што се у чл. 165, ст. 1 ПЗ уређује положај трећег лица (које нема законску обавезу издржавања) према дужнику обавезе издржавања. Како се тај члан не односи на међусобни однос родитеља као дужника обавезе издржавања, неоснован је закључак да један родитељ нема право накнаде дела трошкова за издржавање детета од другог родитеља. Наиме, обавеза родитеља да издржавају дете је солидарна и проистиче из истог основа – Породичног закона. Због тога родитељ који је искључиво или у делу већем него што је обавезан учествовао у издржавању детета има право регреса од другог родитеља према општим правилима о солидарној одговорности (чл. 423, ст. 1 ЗОО). У супротном, дошло би до неоснованог стицања у облику уштеде трошкова родитеља који није извршио своју законску обавезу издржавања на терет другог родитеља који је те трошкове сносио.

Према томе, чл. 218 ЗОО треба тумачити тако да се као исплатилац може јавити не само лице које уопште нема законску обавезу исплате, већ и један од солидарних дужника који је исплатио обавезу за рачун другог солидарног дужника, као што је случај са родитељем који је издржавао дете, при чему је други родитељ занемарио ту своју обавезу.

6.3.3. РЕСТИТУЦИЈА КАО САНКЦИЈА ЗБОГ СТИЦАЊЕ БЕЗ ОСНОВА

Из стицања без основа настаје обавеза обогашеног лица да врати оно што је неосновано стекло на терет осиромашеног лица. Враћање предмета обогашења назива се реституција.¹⁰¹¹

Основно правило о реституцији садржано је у чл. 210, ст. 1, на основу којег се тужени обавезује да врати предмет стицања (натурална реституција), а када то није могуће, да накнади вредност постигнутих користи (новчана реституција). Корист која се враћа је првенствено ствар која је неосновано

¹⁰¹⁰ Вид. пресуде Апелационог суда у Београду: Гж2 бр. 1197/12 од 6. децембра 2012; Гж2 бр. 289/13 од 4. априла 2013; Гж2 бр. 25/13 од 17. јануара 2013. и правно схватање усвојено на седници свих судија Апелационог суда у Београду одржаној дана 1. октобра 2013. године.

¹⁰¹¹ С. Перовић (1995), 501.

стечена. Тужени је обавезан да тужиоцу врати предмет обогаћења у облику у коме је он ушао у његову имовину. Ако је реч о тачно одређеној ствари (*species*), обогаћени је дужан да врати ту исту ствар, док се у случају заменљивих ствари (*genera*) обавезује да врати исту количину ствари исте врсте и квалитета као што је била ствар која је ушла у његову имовину.

Начин извршења натуралне реституције зависи од природе предмета обогаћења. Када је реч о покретним стварима, реституција се огледа у њиховој физичкој предаји, док се за непокретне ствари предузимају радње прописане за стицање непокретности. Ако се обогаћење састоји у неоснованом прибављању неког права, онда се реституција врши успостављањем ранијег стања права.¹⁰¹²

Новчана реституција се врши онда када није могуће извршити натуралну реституцију било због природе обогаћења (неосновано је извршен рад), било због тога што се тужени више не налази у поседу примљене ствари јер је пропала, или је потрошена, или је њоме пуноважно располагао у корист трећег лица. Новчана реституција се састоји у плаћању новчане суме чија вредност треба да одговара предмету обогаћења.

Поједини аутори критикују формулацију да се у случају немогућности натуралне реституције тужени обавезује да накнади вредност постигнутих користи. Уколико корист није постигнута (ствар је пропала, уништена, добродичино је њоме располагано), тужени се ослобађа одговорности, што се сматра неприхватљивим, нарочито када је обогаћени био несавестан.¹⁰¹³ Из тог схватања произлази да стицање саме ствари не представља корист већ да она настаје тек њеном употребом. Сматрамо да сама ствар, чак и онда када није употребљена у одговарајућу сврху, представља корист која се изражава новчаном вредношћу која се на тржишту плаћа да би се стекла. Отуда само стицање ствари представља остварење користи која одговара новчаној вредности ствари. Друго је питање да ли је за одговорност из неоснованог обогаћења неопходно да корист постоји и у време подизања тужбе. То питање се решава помоћу критеријума савесности

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ *Ibid.*

туженог. Савесно лице одговара само за корист коју поседује у тренутку подизања тужбе. Уколико користи тада нема (ствар је пропала, потрошена, бесплатно је распологано њоме), оно се ослобађа одговорности. Напротив, несавесно лице одговара за корист коју поседује у тренутку стицања, односно у тренутку када је постало несавесно. Чак и да примљену ствар у тренутку подизања тужбе тужени више не поседује, он се обавезује да плати вредност коју је она имала у тренутку стицања, односно у тренутку када је тужени постао несавестан ако је несавесност касније наступила.¹⁰¹⁴ Притом, корист се не састоји само у ствари него и у њеној употреби.¹⁰¹⁵ Уколико је корист остварена од употребе ствари пре њене пропасти, уништења, добродичног располагања, она се урачунава у укупан износ који тужени треба да надокнади осиромашеном лицу. И у ситуацији у којој ствар која је неосновано стечена може бити враћена у натури осиромашеном, мора се водити рачуна да ли је њеном употребом обogaћени остварио корист. Да би била извршена реституција целокупно остварене користи, осим враћања саме ствари (натуралне реституције), тужени мора да плати суму која одговара вредности употребе ствари, будући да је та корист била ускраћена осиромашеном лицу.¹⁰¹⁶

Правило да се новчана реституција врши у вредности постигнутих користи управо је аргумент да је одговорност због стицања без основа из ЗОО по својој природи одговорност за неосновано обogaћење, а не кондикциона

¹⁰¹⁴ Вид. Д. Вељковић, 254.

¹⁰¹⁵ Вид. *Коментар ЗОО (Б. Благојевић, В. Круљ)*, 794.

¹⁰¹⁶ У домаћој судској пракси пре доношења ЗОО постоје одлуке у којима је у материји неоснованог обogaћења осиромашеном лицу, осим натуралне реституције ствари, признавана и накнада за њену употребу. Тако је у једном случају тужена СФРЈ (војна јединица), која је неовлашћено али без своје кривице употребљавала земљиште тужиоца као војни полигон, била осуђена да плати накнаду у вредности употребе ствари која одговара закупнини коју би тужени у истим околностима плаћао. Вид. решење Врховног суда Босне и Херцеговине Гж. 87/69 од 14. маја 1970. године. *Збирка судских одлука, књ. 16, св. 1*, Београд 1971, бр. 44. У другом случају склопљен је купопродајни уговор са одложним условом. Како услов није остварен, стране уговорнице су дужне биле да врате све што су на основу склопљеног уговора примиле. Осим што је вратио кућу која је била предмет купопродаје, купац је био обавезан да врати и корист коју је од ње имао а која се огледала у уштеди трошкова плаћања закупнине. Том приликом суд је изрекао: „Ако се купопродајна погодба развргла зато што се није испунио одложни услов под којим је она закључена, купац, макар је био поштени поседник купљене ствари, дужан је вратити продавцу користи које је од ње имао, јер би се иначе безразложно обогатио на штету продавца.” Вид. решење Врховног суда Народне Републике Хрватске Гж. 1122/56 од 24. јула 1956. године. *Збирка судских одлука, књ. 1, св. 2*, Београд 1956, бр. 348.

одговорност.¹⁰¹⁷ Битан елемент неоснованог обогаћења јесте неосновано остварена имовинска корист на терет тужиоца. Отуда је утврђивање њене висине од значаја за обим одговорности туженог. Одговорност из обогаћења по правилу је двоструко ограничена: износом обогаћења и износом осиромашења. С једне стране, тужени не може одговарати у већем обиму од оног колико износи његово обогаћење, док, с друге стране, не може бити обавезан да изврши реституцију у обиму који је већи од осиромашења тужиоца. Кондикциона одговорност такође настаје због неоснованог стицања, али њен битан елемент није остварена имовинска корист. Тужени на основу кондикције одговара за оно што је примио а не за остварену корист, па се у питање њеног утврђивања уопште не улази. Уколико не може у природи да врати примљену ствар, кондикциони дужник се обавезује на исплату њеног новчаног еквивалента а не износа остварене користи која може превазилазити вредност саме ствари.

6.3.4. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ

За остваривање реституције (било натуралне, било новчане) треба утврдити њен обим који зависи од објективних и субјективних чинилаца. Укупан обим реституције обухвата не само повраћај неосновано стеченог предмета, већ и плодова који су настали у вези са њим. Осим тога, обогаћени може имати извесне трошкове поводом неосновано стеченог предмета и има право на њихову накнаду од осиромашеног лица. Повраћај неосновано стеченог предмета прописан је чланом 210, ст. 1, док је повраћај плодова насталих у вези са предметом стицања уређен чланом 214. Накнада трошкова које је обогаћени сносио поводом предмета стицања предвиђена је чланом 215.

Објективни чиниоци релевантни за утврђивање обима реституције односе се на: стање у коме се налази предмет стицања, плодове које је он евентуално дао и трошкове које је обогаћени сносио поводом неосновано стечене ствари.

¹⁰¹⁷ Супротан став изражава Ј. Даниловић (2001), 507. Према њеном мишљењу, чланом 210. ЗОО уређени су само случајеви који се односе на кондикције, док су случајеви који се тичу тужбе *de in rem verso* регулисани посебно, у чл. 217 ЗОО.

Субјективни чиниоци огледају се у савесности обогаћеног и осиромашеног лица и од њих зависи дозвољеност реституције. Реституција може бити искључена у случају извршења ништавог уговора који је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима у ситуацији када су обе стране биле несавесне.¹⁰¹⁸ Уколико је реституција дозвољена, који тренутак ће се узети као релевантан за утврђивање обима обогаћења, зависи од савесности обогаћеног лица.

Од тренутка неоснованог стицања до тренутка утужења предмет обогаћења може претрпети промене чија последица може бити повећање или смањење његове вредности, па чак и његов потпуни нестанак.

До повећања вредности предмета обогаћења најчешће долази услед радњи туженог.¹⁰¹⁹ С друге стране, својим радњама тужени може не само смањити вредност стеченог предмета већ и проузроковати да он више не постоји.¹⁰²⁰ Осим због радњи туженог, до промене вредности предмета обогаћења долази и из других разлога (на пример, природни догађај, радња трећег лица).

Да ли ће објективно стање предмета обогаћења у тренутку подизања тужбе бити пресудно за утврђивање обима реституције, зависи од субјективних чинилаца који се тичу савесности обогаћеног. Наиме, у ситуацији када предмет стицања више не постоји или је промењена његова вредност, обим реституције се одређује с обзиром на савесност обогаћеног. Савесно је оно лице које није знало нити је према околностима могло знати да се правно неосновано обогатило на туђ рачун.¹⁰²¹ ЗОО, међутим, не садржи опште правило на основу кога се приликом установљења обавезе реституције води рачуна о савесности обогаћеног лица. Отуда је према чл. 210, ст. 1 тужени дужан да врати предмет обогаћења (натурална реституција), а када то није могуће, да накнади вредност постигнутих користи (новчана реституција) без обзира на своју савесност. Несавесно лице се

¹⁰¹⁸ Чл. 104, ст. 2 ЗОО.

¹⁰¹⁹ У случају неоснованог стицања куће обогаћени изврши реновирање након чега се њена вредност повећа.

¹⁰²⁰ Неосновано стечен аутомобил буде оштећен или уништен.

¹⁰²¹ С. Перовић (1995), 502.

неоправдано ставља у привилегован положај тиме што је дужно само да врати стечену ствар (*species*). Осим натуралне реституције, оно би морало да изврши и новчано плаћање које одговара вредности постигнуте користи од употребе ствари, попут уштеде трошкова због употребе ствари осиромашеног лица. С друге стране, савесно лице треба блаже да одговара од несавесног лица због чега се обавезује само да врати примљену ствар без плаћања накнаде остварене користи од њене употребе у периоду када је било савесно.

Ако је у међувремену повећана вредност ствари, мора се водити рачуна о томе да ли је и у којој мери сопственим залагањем и средствима стицалац допринео том повећању. Из тог разлога стицаоцу се признаје право на накнаду трошкова које је имао поводом стечене ствари. ЗОО не садржи опште правило које узима у обзир савесност обogaћеног приликом утврђивања обима реституције неосновано стеченог предмета, али зато о савесности води рачуна приликом накнаде трошкова. Тако, савесни стицалац има право на накнаду свих нужних и корисних трошкова које је остварио поводом ствари.¹⁰²² С друге стране, несавестан стицалац нема право на накнаду нужних трошкова¹⁰²³, али има право да му буду надокнађени корисни трошкови до износа који представља увећање вредности стечене ствари у тренутку враћања.¹⁰²⁴

Питање савесности мора бити значајно и за новчану реституцију, којој се приступа онда када реституција у природи није више могућа због тога што се тужени више не налази у поседу ствари из различитих разлога (ствар је пропала, потрошена, пуноважно је њоме располагао у корист трећег лица) или се природа примљеног противи враћању, као што је случај са извршеном услугом. Међутим, ЗОО ни код прописивања новчане реституције не води рачуна о савесности

¹⁰²² Нужни трошкови су они које је неопходно учинити да би се ствар сачувала од оштећења или пропасти, док су корисни трошкови допринели повећавању вредности предмета обogaћења. Вид. *Ibid.*, 511.

¹⁰²³ С обзиром на то да Закон о основама својинскоправних односа у чл. 39, ст. 4 овлашћује несавесног држаоца да тражи накнаду нужних трошкова које би имао и власник да се ствар налазила код њега, у теорији постоји став да несавестан стицалац има право на накнаду и нужних трошкова. Вид. *Коментар ЗОО (Б. Благојевић, В. Круљ)*, 820.

¹⁰²⁴ Чл. 215 ЗОО: „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.”

обогаћеног јер прописује да је стицалац (и савестан и несавестан) дужан да накнади вредност постигнутих користи.

Домаћи законодавац не прецизира према ком тренутку се утврђује постигнута корист (да ли према тренутку остварења користи, подизања тужбе или доношења судске одлуке). На основу слова ЗОО да би стицалац био дужан да накнади корист довољно је да је она једном остварена без обзира на то да ли је у тренутку подизања тужбе још увек поседује.¹⁰²⁵ Одговорност за постојеће обогаћење отуда је страна домаћем праву. Пореци у којима она постоји воде рачуна о савесности обогаћеног јер прописују да само савесно лице одговара за постојеће обогаћење. Карактеристика савремене одговорности из неоснованог обогаћења управо је пружање заштите савесном лицу које је оправдано веровало у ваљаност и коначност свог стицања. Отуда, уколико у тренутку подизања тужбе оно више није обогаћено а све до тада је било савесно, ослобађа се одговорности. На основу решења ЗОО савесно лице одговара чак и онда када остварену корист више не поседује.

¹⁰²⁵ У једном случају из судске праксе тужени је пресудом био обавезан да плати одређени новчани износ на име стицања без основа који је претходно примио на основу решења тужиоца (Националне службе за запошљавање). Тим решењем му је признато право на новчану накнаду у трајању од 24 месеца због престанка радног односа проузрокованог отказом уговора о раду од стране послодавца. У тренутку признања права на новчану накнаду тужени је испунио услове за стицање старосне пензије, али је Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање тек после скоро две године од дана испуњења тих услова о томе обавестио Националну службу за запошљавање. На основу тог обавештења Национална служба је поништила претходно донето решење којим је признато право туженом на новчану накнаду за време незапослености. Поводом тог решења поведен је управни спор, окончан пресудом Врховног суда Србије којом је одбијен тужбени захтев и потврђено решење Националне службе за запошљавање. Без обзира на то што тужени без своје кривице није остварио право на пензију у периоду у коме је примао утужени износ, суд га је обавезао на повраћај због тога што је поништењем решења отпао основ по коме је тај износ примљен. Донесећи одлуку о главном потраживању суд у складу са одредбама ЗОО није водио рачуна о савесности туженог нити о евентуалном нестанку користи. Тим поводом изражен је став да обавеза туженог да врати примљени новац по основу стицања без основа настаје без обзира на његову кривицу која може бити релевантна једино када се одлучује о камати, као споредном потраживању. Вид. пресуду Основног суда у Краљеву, Судска јединица у Врњачкој Бањи, ИП. 228/10 од 6. јула 2010. и пресуду Вишег суда у Краљеву 1Гж. 1454/10 од 22. децембра 2010.

6.3.4.1. Повраћај плодова

Ствар која је неосновано стечена може дати плодове због чега се поставља питање њиховог повраћаја. Плодови могу бити природни и цивилни. Природни плодови су они које ствар даје по својим природним својствима (плодови стабала воћа, младунчад животиња и др.), док цивилни плодови настају посебном употребом ствари (камата, закупнина и др.).¹⁰²⁶

У судској пракси пре доношења Закона о облигационим односима приликом одлучивања о реституцији плодова узимало се у обзир да ли је обogaћено лице уложило рад у њихово стицање или су они настали без његовог учешћа.¹⁰²⁷ Иако су плодови настали на ствари која припада осиромашеном, чињеница да је обogaћени уложио рад да би их стекао била је довољна да их задржи, при чему је власнику ствари дуговао само накнаду вредности њене употребе.¹⁰²⁸ Уколико савесни држалац није остварио плодове својим радом, дужан је био да их врати осиромашеном лицу.¹⁰²⁹

¹⁰²⁶ Вид. С. Перовић (1995), 509.

¹⁰²⁷ *Коментар ЗОО (Б. Благојевић, В. Круљ)*, 816.

¹⁰²⁸ Савезни врховни суд је у једној одлуци изрекао: „Власник чије земљиште други без пословодства користи у производњи, има право да тражи обештећење. Он има право да тражи накнаду износа у висини закупнине која се могла добити у постојећим условима производње и промета. Такво тражење је потраживање из верзиског основа, за које, што се тиче времена застарелости, важи члан 14 Закона о застарелости потраживања.” У образложењу одлуке се наводи: „Гледиште да власник земљишта само зато што је власник, без обзира на односе у производњи и без обзира на непосредног произвођача, може потраживати вредност плодова који потичу са његовог земљишта, није економски реално. Плодови који се убиру са земљишта настају у процесу производње, па су, као и друга економска добра, производи рада. Земљиште у процесу производње учествује на страни материјалних трошкова производње, где се економски облик својине земљишта изражава урачунавањем ренте, земљарине или закупнине. Све што у вредности добијеног производа прелази овај економски удео земљишта, јесте вредност осталих материјалних трошкова производње, вредност уложеног рада и вишак рада. Према томе, економски је нереално да се приход третира као ствар власника земљишта, ма и у случају кад је оно без пословодства на корист другог употребљено, и економски је необразложен захтев да се вредност овог прихода накнади власнику по верзиском основу. Занемаривање ове економске суштине у друштвеној и правној пракси водило би тенденцији да се својинско право пољопривредног земљишта претвори у услов личног обogaћења искоришћавањем другога, присвајањем туђег рада. Таква тенденција би била принципијелно супротна нечелима друштвено-економског уређења ФНРЈ.” Решење Савезног врховног суда Рев. 120/58 од 5. априла 1958. године. *Збирка судских одлука, књ. 3, св. 1*, Београд 1958, бр. 62.

¹⁰²⁹ *Коментар ЗОО (Б. Благојевић, В. Круљ)*, 817.

Доношењем ЗОО отклоњене су недоумице око тога коме припадају плодови неосновано стечене ствари. Тако је у чл. 214 прописано да је обogaћени, уз неосновано стечени предмет, дужан да врати плодове и плати затезну камату.¹⁰³⁰ Приликом уређивања повраћаја плодова и затезне камате У ЗОО води се рачуна о савесности обogaћеног лица. Тако, несавесно лице плодове враћа и плаћа затезну камату од дана стицања ствари, а савесно од дана подношења захтева из неоснованог обogaћења.¹⁰³¹ Међутим, према важећем решењу, не води се рачуна о тренутку у коме обogaћени постаје несавестан. Наиме, обogaћени се сматра несавесним не само када је у тренутку стицања ствари знао или је могао знати за неоснованост свог стицања, већ и када је у почетку био савестан али је у неком каснијем моменту који претходи подизању захтева из обogaћења то сазнао. Несавесно лице, без обзира на тренутак у коме је постало несавесно, дужно је да врати све плодове (природне и цивилне) које је ствар дала од момента њеног неоснованог стицања до дана извршења реституције.¹⁰³² То значи да и у ситуацији када је обogaћени непосредно пре подизања захтева из обogaћења сазнао за неоснованост свог стицања биће дужан да врати све плодове који су настали од тренутка стицања ствари. Такво решење наилази на оправдану критику па би требало узети у разматрање другачије уређење обима повраћаја плодова, односно да обogaћени за њих одговара од тренутка када је постао несавестан.¹⁰³³

¹⁰³⁰ Чл. 214 ЗОО: „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.”

¹⁰³¹ Правило по коме савесно лице враћа плодове од дана подношења тужбе односи се на убране (и потрошене) плодове. Плодови које је до тог тренутка одвојило савесно лице постају његово власништво (чл. 27, ст. 2 ЗОСО) и није их дужно вратити осиромашеном лицу (власнику ствари). Супротан став изражен је у *Коментару ЗОО (Б. Благојевић, В. Круљ)*, 817, да је, наиме, савесно лице дужно да накнади вредност убраних плодова. Ако плодови нису убрани, они представљају саставни део ствари и припадају њеном власнику (чл. 27, ст. 3 ЗОСО) па се враћају заједно с њом. У складу с тим правилом је чл. 38, ст. 1 ЗОСО, према којем савесни држалац предаје власнику ствар заједно са плодовима који још нису убрани. Несавестан држалац, напротив, дужан је да власнику врати све плодове (чл. 39, ст. 1 ЗОСО). Штавише, он је дужан да надокнади вредност убраних плодова које је потрошио, отуђио или уништио, као и вредност плодова које је пропустио да убере (чл. 39, ст. 2 ЗОСО).

¹⁰³² С. Перовић (1995), 510.

¹⁰³³ *Ibid.*

За захтев за повраћај плодова и исплату затезне камате важи општи рок застарелости као и за главно потраживање који износи 10 година (чл. 371 ЗОО).¹⁰³⁴ Притом се има у виду одредба из чл. 369 ЗОО по којој споредна потраживања, као што су потраживања камата, плодова, трошкова, уговорне казне, застаревају онда када застари главно потраживање.

¹⁰³⁴ У неким одлукама судови су, уместо општег рока застарелости из чл. 371 ЗОО, примењивали рок застарелости прописан за потраживање накнаде штете из чл. 376 ЗОО, који је знатно краћи и износи три године (субјективни рок), односно пет година па су због застарелости потраживања одбијали тужбени захтев. Вид. пресуду Врховног касационог суда РС Рев. 186/10 од 21. априла 2010. године.

ЗАКЉУЧАК

Кондикција и правно неосновано обogaћење настали су у различитим епохама. Кондикција је настала у античком римском праву, док је правно неосновано обogaћење као аутономан институт настао у XIX веку. По својој суштини, међутим, то су сродне установе којима се спречава неосновано стицање на туђ рачун.

У току вишевековног постојања поље примене кондикције се мењало. Тако је у почетку, током важења легисакционог поступка, поље њене примене било најшире јер је омогућавала тужиоцу да поврати ствар која му припада а која је на разне начине (са његовом сагласношћу или без ње) прешла из његове фактичке власти у посед туженог. Према Гајевом сведочанству из Институција, кондикција је уведена Силијевим законом за који се претпоставља да је донет око 250. године пре н. е. Она је тада представљала нову врсту поступка (*legis actio per condictionem*) којим је омогућена заштита свих односа у којима је једна страна била дужна да другој страни врати тачно одређену суму новца, а од Калпурнијевог закона (200. године пре н. е.) и тачно одређену ствар. Увођењем нове легисакције, правну заштиту добили су односи који су до тада били незаштићени. Међутим, захваљујући апстрактности, која се огледала у томе што тужилац приликом покретања поступка није наводио правни основ свог потраживања, у новој легисакцији расправљали су се и односи који су претходно уживали заштиту у старијим легисакцијама (*sacramento* и *per iudicis postulationem*).

Увођењем формуларног поступка, легисакциони поступак наставља да се примењује све до Августа. Из периода њиховог истовременог важења не постоје извори који спомињу ни легисакцију *per condictionem* ни тужбу која носи назив *condictio*. Могуће је да је функцију легисакције *per condictionem*, барем када је реч о потраживању тачно одређене суме новца, преузела *actio certae creditae pecuniae* за коју драгоцен извор сазнања представља Цицеронов говор *Pro Q. Roscio comedo*. Та тужба је такође била апстрактна јер тужилац није наводио основ свог новчаног потраживања. Из периода када се као редован примењивао само

формуларни поступак постоји мноштво фрагмената који говоре о тужби под називом *condictio* а која је, као и легисакција *per condictioem*, била апстрактна и служила за повраћај тачно одређене суме новца или тачно одређене ствари. Анализирајући случајеве који су се пред њих постављали, јуриспруденти су својим тумачењима уобличавали претпоставке примене кондикције којима се профилисало поље њене примене које је широко постављено легисакцијом *per condictioem*.

Тако се, према Прокуловом мишљењу, кондикција примењује онда када је тужени постао квинитски сопственик ствари. Јулијан даље сужава примену кондикције, захтевајући да је ствар актом тужиоца прешла у својину туженог. Међутим, све време постоји могућност подизања кондикције за повраћај украдене ствари чија претпоставка примене остаје саобразна оној коју је имао легисакциони поступак *per condictioem*, а то је да се није захтевало да је тужени постао власник ствари. По узору на украдену ствар, кондикција се додељивала још у неким случајевима када тужени није постао власник ствари, попут оног у коме жена самовласно присвоји мужевљево ствар коју он од ње кондикцијом потражује натраг (D.25.2.25). Установљењем нових претпоставки није се само сужавало поље примене кондикције већ се и проширивало. Одступањем од услова који је прописивао и Силијев и Калпурнијев закон, а који се огледао у потраживању тачно одређене суме новца, односно тачно одређене ствари, кондикцијом се могло захтевати и извршење чинидбе. Пример је *condictio liberationis*, којом се захтевало ослобађање од обавезе. У Јустинијановом праву извршена је систематизација различитих врста кондикције које су се одликовале неким додатним претпоставкама примене (тако се за кондикцију *indebiti* захтевала заблуда о постојању дуга тужиоца, док се за кондикцију *ob turpem causam* захтевало да неморалност постоји само на страни туженог и др.). Претпоставка која је остала заједничка свим кондикционим случајевима јесте реституција оног што тужени поседује *sine causa*. Појам каузе (*causa*) отуда представља темељ примене кондикције и јавља се у два значења. Према првом и основном значењу, кауза представља правни основ стицања (*iusta causa, iustus titulus*). Друго значење каузе јесте циљ давања, који може бити допуштен или неморалан (*turpis causa*). Уколико је реч о допуштеном циљу, кондикција се примењује у случају његовог

неостварења. Кад је реч о давању у неморалном циљу, води се рачуна о савесности страна те је кондикција дозвољена само у случају да је неморално поступио прималац, при чему давалац може повратити дато без обзира на то да ли је циљ давања остварен. Осим тих значења која су значајна за примену кондикције, термин кауза се у римском праву употребљавао још у неколико различитих значења, од којих се посебно истичу: кауза као разлог склапања правног посла (*causa negotionis*) о коме се водило рачуна приликом ослобађања робова и трансакција међу супружницима и кауза као извор облигације (*causa obligationis*).

У римском праву се кондикција могла подићи само против лица коме је извршена исплата, али не и против трећег лица које је на основу исплате остварило корист (D.12.6.49). Римско право је, међутим, омогућавало позивање на одговорност патерфамилијаса који је остварио корист на основу посла у чијем склапању није учествовао. Верзиона одговорност патерфамилијаса темељи се на користи која је за њега проистекла из правног посла који је склопило њему потчињено лице (син или роб). Отуда је он био дужан да до износа те користи испуни обавезу коју је преузело њему потчињено лице. *Actio de in rem verso* класичног римског права представљала је процедурално средство које је гарантовало несметано одвијање правног промета у којем обавезе преузимају лица која не поседују имовину из које би их могле намирити. Путем верзионе тужбе се на одговорност због остварене користи из посла који није лично предузео позивао патерфамилијас, а не тужено зависно лице које је посао склопило. Укидањем формуларног поступка нестаје запрека да се као тужени именује директно патерфамилијас. Стога Јустинијанови компилатори *actio de in rem verso* не посматрају кроз призму формуле већ као независну тужбу којом се на одговорност позива лице које је, из посла у чијем склапању није учествовало, остварило корист без обзира на то да ли она у тренутку покретања поступка још увек постоји.

Услед казуистичког начина рада римски јуриспруденти нису могли створити интегрални институт правно неоснованог обогаћења већ су, да би решавали конкретне случајеве, креативним тумачењем уобличавали и усавршавали кондикцију и верзиону тужбу.

У промењеним друштвеним приликама средњовековни правници су наилазили на нове случајеве обогаћења које је требало санкционисати. Налазећи упориште у Јустинијановој кодификацији, примењивали су римске установе за спречавање неоснованог обогаћења, често им проширујући поље примене приликом решавања спорних ситуација. Верзиона тужба је била погодна за решавање новонасталих случајева неоснованог обогаћења због тога што се њоме санкционисала остварена корист на туђ рачун. Још у Диоклецијаново доба дозвољена је њена примена на случајеве у којима је посао у корист туженог склопило слободно лице. Па ипак, пресудне промене у области примене верзионе тужбе које су у потоњем историјском следу допринеле стварању института неоснованог обогаћења десиле су се у XVII и XVIII веку. Наиме, нововековно природноправно учење уврстило је Помпонијево начело о забрани обогаћења на штету другог (D.12.6.14) у ранг основних природноправних начела. Позивајући се на њега, правници су почели да истичу да је оно циљ тужбе *de in rem verso*. Од тада више није било важно да ли је тужени остварио корист посредно, посредством трећег лица или непосредно на терет тужиоца. Да би била примењена верзиона тужба, тужилац је само требало да докаже да је тужени остварио корист на његов рачун.

Првим грађанским кодификацијама, које су се ослањале на средњовековно опште право (*ius commune*), уређена је материја правно неоснованог обогаћења. Како су се у њему правна средства за спречавање неоснованог обогаћења развијала посебно, при чему је запажен развој остварила верзиона тужба, старијим кодификацијама (ALR, ABGB) уређене су кондикција и верзиона тужба посебно, на различитим местима у кодексу. Ослањајући се на учење Потијеа (*Potier*), који је разматрао исплату недугованог, али не и верзиону тужбу, у Француском грађанском законику је од различитих врста кондикција уређена само исплата недугованог, док је прописивање верзионе тужбе изостало. Тешкоће које су се јавиле у судској пракси због потребе санкционисања случајева неоснованог стицања користи за које није постојала одредба у Законику, довеле су до увођења верзионе тужбе одлуком Касационог суда крајем XIX века.

Због потребе санкционисања свих случајева неоснованог стицања на туђ рачун, у другој половини XIX века, када је пандектна наука била на врхунцу,

прописан је институт неоснованог обогаћења. Суштински предуслов за његов настанак остварен је, међутим, заслугом нововековне природноправне школе, која је својим методом рада утицала на еманципацију правника од римских текстова и омогућила најпре трагање за новим погледима постојећих установа, а потом и стварање нових института.

Премда је поникао из кондикције и верзионе тужбе, јединствени институт неоснованог обогаћења се квалитативно разликује од њих. Забуна приликом одређивања њиховог међусобног односа проузрокована је тиме што је нови институт понео назив друштвеног феномена који постоји од давнина и који је у прошлости санкционисан управо кондикцијом и верзионом тужбом. У римском праву кондикција и верзиона тужба настале су из битно другачијих разлога, али су се оне временом приближиле јер се увидело да оба средства служе истој сврси – спречавању обогаћења. Основ за то постављен је захваљујући нововековном природноправном учењу у коме је максима о забрани неоснованог обогаћења добила карактер универзалног начела. Будући да почивају на истом начелу, кондикција и верзиона тужба почињу да се сматрају сродним институтима.

Савремени институт правно неоснованог обогаћења садржи елементе двеју римскоправних установа: кондикције и верзионе тужбе. Битан елемент кондикције јесте непостојање основа стицања (*sine causa*). Тужилац захтева повраћај датог због тога што је тужени стекао ствар без правног основа. Битан елемент савременог института правно неоснованог обогаћења јесте имовинска корист која је без правног основа (*sine causa*) остварена на терет тужиоца. Елемент користи преузет је из римскоправне верзионе тужбе (*actio de in rem verso*).

Уз сличности, кондикциона и савремена одговорност из неоснованог обогаћења имају неколико разлика. Кондикција се примењује у случају неоснованог стицања до којег је по правилу дошло чинидбом тужиоца. Неосновано обогаћење може настати на било који начин: радњом обогаћеног, осиромашеног, трећег лица или природним догађајем. Кондикција је усмерена на повраћај примљеног, док се тужбом из неоснованог обогаћења санкционише неосновано стечена корист. Тужени се на основу кондикције првенствено

обавезује да изврши натуралну реституцију која се огледа у повраћају стеченог предмета, односно његовог сурогата. Тек ако није могуће извршити натуралну реституцију, он се обавезује на исплату одговарајуће новчане вредности. Притом, обим новчане реституције код кондикције одговара вредности примљене ствари. Савремена правила о неоснованом обogaћењу обим новчане реституције одређују према висини постигнуте користи која постоји у тренутку покретања поступка. Отуда се може десити да тужени буде ослобођен одговорности уколико је корист накнадно нестала. За кондикциону одговорност начелно нема значаја да ли је стечена корист накнадно отпала јер се у питање њеног остварења уопште не улази. Кондикциони дужник одговара за оно што је неосновано примио.

Иако се кондикциона и савремена одговорност за обogaћење заснивају на различитим постулатима, у неким случајевима долази до њиховог приближавања. Тако, ако је обogaћени био несавестан јер је знао или је могао знати да неосновано остварује корист на рачун тужиоца, њено евентуално смањење односно нестанак не утиче на обим одговорности туженог те је он дужан да изврши реституцију користи коју је примио.

У упоредном праву материја неоснованог обogaћења различито је уређена. Старије грађанске кодификације не познају јединствени институт неоснованог обogaћења, али је нужност регулисања свих случајева неоснованог стицања користи довела до његовог практичног признања. Тако је у Француској крајем XIX века, заслугом Касационог суда, уведена општа тужба из неоснованог обogaћења за коју се користи римскоправни назив *actio de in rem verso*. У Француском грађанском законнику међутим, прописана је исплата недугованог (чл. 1376–1381) за коју важе правила кондикционе одговорности. За разлику од Француског грађанског законика у којем се уређује само један кондикциони случај (исплата недугованог), у Аустријском грађанском законнику прописује се неколико различитих врста кондикције: *c. indebiti* (чл. 1431), *c. sine causa* (чл. 877), *c. ob causam finitam* (чл. 1435), која се аналогно примењује и на случајеве кондикције *causa data causa non secuta*, и *c. ob turpem vel iniustam causam* (чл. 1174). С друге стране, функција опште тужбе из неоснованог обogaћења приписана је верзионој тужби из члана 1041 ABGB. На основу ње се, пак, обим одговорности туженог установљава према правилима која важе за кондикциону

одговорност. Новије грађанске кодификације прописују јединствени институт неоснованог обogaћења. Међутим, оне то не чине на исти начин. Немачки и швајцарски законодавац кондикционе случајеве уређују према правилима о одговорности за неосновано обogaћење. У немачком праву стварању института неоснованог обogaћења допринео је Савињи (*Savigny*), који је, проучавајући Дигеста, закључио да је у текстовима о кондикцијама прописана установа неоснованог обogaћења. Ослањајући се на његово учење, пандектисти су настојали да различите врсте кондикција сведу на заједнички именилац, чији плод представља чл. 812, ст. 1 BGB, којим је прописана општа тужба из неоснованог обogaћења. Међутим, након доношења Немачког грађанског законика међу теоретичарима се јавља супротна тенденција у односу на ону која је претходила његовом доношењу. За разлику од Савињија који је од различитих врста кондикција настојао да створи општу тужбу из обogaћења, правници сада ту општу тужбу рашчлањују тежећи да створе посебне фигуре као што су: *Leistungskondiktion*, *Eingriffskondiktion*, *Verwendungskondiktion*, *Rückgriffskondiktion*. Иако носе назив „кондикција”, реч је о случајевима савремене одговорности из обogaћења. У Италијанском грађанском законнику из 1942. године прописан је институт неоснованог обogaћења (чл. 2041–2042), али одвојено од њега је уређена исплата недугованог (чл. 2033–2040), за коју важи кондикциона одговорност. Они се преплићу у случају када је кондикциони дужник био савестан. Ако није могуће извршити натуралну реституцију, савесно лице одговара само за корист коју поседује у време подизања тужбе.

У српском праву материја неоснованог обogaћења уређена је правилима о „стицању без основа” из чл. 210–219 ЗОО.

У одређивању правне природе општег правила из чл. 210, ст. 1 нема сагласности у теорији. Према владајућем мишљењу, та норма предвиђа општу тужбу из неоснованог обogaћења. Остали чланови (211–219) представљају само разраду општег правила. Према другом схватању, тај члан уређује општу кондикцију која искључује верзионе случајеве из поља своје примене. У прилог другом схватању може се истаћи распоред чланова о стицању без основа. Наиме, да је законодавац желео да верзиона тужба буде обухваћена чланом 210, ст. 1, он би правила о обиму враћања (чл. 214) и накнади трошкова (чл. 215) ставио на сам

крај – након чланова о верзионој тужби, а не би их уметнуо (као што је учинио) између одредаба које говоре о томе шта се не сматра исплатом недугованог (*condictio indebiti*) и одредбе о тужби *de in rem verso* (чл. 217). Таквим распоредом може се закључити да се правила о обиму враћања и накнади трошкова односе само на кондикције, а не и на тужбу *de in rem verso*, што се не би могло прихватити.

Осим тога, у чл. 210, ст. 1 уређено је обogaћење настало прелазом дела имовине једног лица у имовину другог лица. Имовински прелаз карактеристика је кондикционе одговорности. С друге стране, одговорност за обogaћење настаје не само у случајевима неоснованог имовинског прелаза, већ и неовлашћеном употребом ствари, односно права. Чини се да је решење из Скице за законик о облигацијама и уговорима боље од важећег ЗОО јер се тамо прописује опште правило које сједињује случајеве имовинског прелаза (чл. 168, ст. 2) и случајеве неоснованог користовања туђим које не подразумева имовински прелаз (чл. 168, ст. 3). Општа тужба треба да обухвати све случајеве неоснованог обogaћења због чега одвојено регулисање употребе ствари у туђу корист (која се у ЗОО налази међу завршним одредбама стицања без основа) може навести на закључак да су у домаћем праву одвојено уређени кондикциони и верзиони случајеви.

Основаост изнетих аргумената не може се занемарити. Па ипак, сматрамо да је чланом 210, ст. 1 прописана општа тужба из неоснованог обogaћења јер, уколико није могуће извршити натуралну реституцију, тужени је дужан да накнади вредност постигнутих користи. Битан елемент тужбе из обogaћења представља корист која је неосновано остварена на туђ рачун. Осим тога, тужба се примењује ако је „на било који начин дошло до прелаза дела имовине...”. Таква формулација омогућава санкционисање обogaћења различитог према начину настанка (радњом обogaћеног, радњом осиромашеног, радњом трећег лица, природним догађајем). Кондикција се по правилу примењује у случајевима неоснованог стицања насталог чинидбом тужиоца.

Приликом утврђивања обавезе реституције у ЗОО се не води рачуна о савесности обogaћеног лица, што представља његов озбиљан недостатак. Тужени је дужан да врати предмет стицања, а ако то није могуће, да накнади вредност

постигнутих користи без обзира на своју савесност. Осим тога, законодавац не прописује према којем тренутку се утврђује постигнута корист, из чега произлази да је довољно да је она једном остварена, без обзира на то да ли је тужени поседује у тренутку подизања тужбе. О савесности обogaћеног морало би се водити рачуна јер нема правно-политичког оправдања изједначити лице које је веровало у основаност и коначност свог стицања са лицем које је знало да неосновано остварује корист на туђ рачун. Отуда би савесно лице требало да одговара за корист коју поседује у тренутку подизања тужбе, док се корист несавесног лица мора одмеравати према тренутку њеног стицања.

АНТИЧКИ ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

Правни извори

- *Corpus iuris civilis* (Krueger, Paulus/Mommsen, Theodorus), Berolini MCMXX
 1. *Institutiones*
 2. *Digesta*
 3. *Codex Iustinianus*, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/codjust.htm>, 4. новембар 2014.
- *The Digest of Justinian* (english-language translation edited by Alan Watson), volume I, II, III, IV, 1998.
- Гај - *Институције*, Београд 1982 (превод Обрад Станојевић).
- *Iulii Pauli Sententiae*, Zagreb 1989 (превод Ante Romac).
- Romac, Ante, *Izvori rimskog prava. Latinski tekstovi s prijevodom*, Zagreb 1973.
- Romac, Ante, *Minerva, Florilegium sententiarum latinarum*, Zagreb 1988.
- Ulpiani, *Regularum liber singularis*, Zagreb 1987 (превод Ante Romac).

Ванправни извори

- Аристотел, *Никомахова етика*, Сремски Карловци – Нови Сад 2003 (превод Радмила Шалабалић).
- Cicero, *Pro Publio Quinctio – Pro Sexto Roscio Amerino – Pro Quinto Roscio Comoedo – De Lege Agraria I., II., III.*, London 1984 (превод John Henry Freese).
- Тит Ливије – *Историја Рима од оснивања града*, Београд 2012 (превод Мирослава Мирковић).

Енциклопедије и лексикони

- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Бујуклић, Жика, *Forum Romanum – Римска држава, право, религија и митови*, Београд 2012.

Уџбеници

- Бујуклић, Жика, *Римско приватно право*, Београд 2014.
- Eisner, Bertold, Horvat, Marijan, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948.
- Маленица, Антун, *Римско право*, Нови Сад 2008.
- Ромас, Ante, *Rimsko pravo*, Zagreb 1981.
- Стојчевић, Драгомир, *Римско приватно право* (14. издање), Београд 1985.

Чланци и монографије

- Baron, Julius, *Die Conditionen*, Berlin 1881.
- Bekker, Ernst Immanuel, *Zur Lehre von den Legisaktionen*, ZSS 1904, str.54-80.
- Betti, Emilio, *L'antitesi di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, Roma 1915.
- Buckland, William Warwick, *Roman Law of Slavery*, Cambridge 2010.
- Бујуклић, Жика, „Европске интеграције Србије и алтернативно решавање спорова („ADR“): иновација и (или) древна правна традиција”, *Право и привреда*, 1-9/2014, стр. 434-452.
- Chiusi, Tiziana, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001.
- Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht, Band I – Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985.

- Чучковић, Вера, „Неки проблеми римских кондикција“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево 1961, стр. 293-307.

Даниловић, Јелена,

- „Legisactio per conditionem и њено порекло“, *Зборник радова из правне историје посвећен Алберту Вајсу*, Београд 1966, стр. 75-89.
- „Actio de in rem verso од римског права до аустријског ОГЗ-а“, *Анали ПФБ 2/1968*, стр. 243-264.
- Dawson, John P., *Unjust Enrichment. A comparative analysis*, Boston 1951.
- de Kulanž, Fistel, *Antička država*, Београд 1956.
- Donatuti, Guido, „Le ‘causae’ delle ‘conditiones’“, *Studi di diritto romano II*, Milano 1977.
- Flume, Werner, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen 2003.
- Freudenthal, Martin, *Zur Entwicklungsgeschichte der römischen Condictio*, Breslau 1911.
- Giglio, Francesco, *Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht. Eine Untersuchung auf rechtshistorischer und rechtsvergleichender Basis mit besonderer Berücksichtigung des deutschen und italienischen Rechts*, Berlin 2000.
- Hallebeek, Jan, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, Nijmegen 1996.
- Heine, Sonja, *Condictio sine datione*, Berlin 2006.
- Kantorowicz, Hermann, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Darmstadt 1969.

Kaser, Max,

- *Das altrömische Ius, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949.
- *Quanti ea res est*, München 1935.

- *Das römische Privatrecht I* (2. Auflage), München, 1971.

Kupisch, Berthold,

- *Ungerechtfertigte Bereicherung Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg 1987.
- *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Heidelberg 1965.

- Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum* (3rd ed), Leipzig 1927.
- MacCormack, Geoffrey, Mac Cormack, Geoffrey. „The Early History of the ‘Actio de in rem verso’ Alfenus to Labeo”, *Studi in onore di Arnaldo Biscardi II*, Milano IEC 1982, str. 319-339.
- Maier, Georg, *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin – Leipzig 1932.

Маленица, Антун,

- „О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2/2008, стр.167-196.
- „„Правни посао“ и „negotium“, два појма која припадају различитим епохама”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2007, стр. 75-99.
- *Поклон у римском праву*, Београд 1981.

- Mantovani, Dario, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999.
- Mayr, Robert von, *Condictio des Römischen privatrechtes*, Leipzig 1900.
- Mendelson, Felix, *Die actio de in rem verso utilis im römischen Rechte*, Breslau 1904.
- Meyer-Spasche, R., *The Recovery of Benefits Conferred under Illegal or Immoral Transactions. A Historical and Comparative Study with particular emphasis on the Law of Unjustified Enrichment* (2002) (unpublished Ph.D.

- thesis, University of Aberdeen), <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/meyer-1.pdf>, 4. novembar 2014. str. 1-59.
- Niederländer, Hubert, *Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht. Der Ursprung der Haftungsbefreiung durch Wegfall der Bereicherung*, Weimar 1953.
 - Pernice, Alfred, *Labeo Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit III*, Halle 1892.
 - Pflüger, Heinrich Hackfeld, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, Rechtlichbeleuchtet und verwertet, Leipzig 1904.
 - Polojac, Milena, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003.
 - Popović, Relja, *Condicionis implendae causa datum im klassischen römischen Recht*, Aarau 1919.
 - Prichard, Alan M., „The Origin of the legis actio per conditionem”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, str. 260-268.
 - Robbe, Ubaldo, „L'autonomia dell'actio certae creditae pecuniae e la sua distinzione dalla condictio”, *SDHI Roma* 1941.
 - Saccoccio, Antonio, *Si certum petetur dalla condictio dei veteres alle conictiones giustinianee*, Milano 2002.
 - Sanfilippo, Cesare, *Condictio indebiti – Il fondamento dell' obbligazione da indebito*, Milano 1943.
 - Savigny, Friedrich Carl, *System des heutigen römischen Rechts*, Band 5, Berlin 1847.
 - Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
 - Schwarz, Fritz, *Die Grundlagen der Condictio im klassischen römischen Recht*, Münster – Köln 1952.

Solazzi, Siro,

- „Peculio e 'in rem versio' nel diritto classico“, *Scritti di diritto romano I (1899–1913)*, Napoli 1955, str. 247-267.

- „L’errore nella condictio indebiti”, *Scritti di diritto romano IV (1938–1947)*, Napoli 1963, str. 99-164.
- Söllner, Alfred, „Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, *ZSS* 1960, str. 182-269.
- Станојевић, Обрад, *Зажам и камата*, Београд 1966.
- Sturm, Fritz, „La condictio ob transactionem”, *Studi in onore di C. Sanfilippo III*, Milano 1983, str. 627-660.
- von Tuhr, Andreas, *Actio de in rem verso*, Freiburg – Leipzig 1895.
- von Lübtow, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und bürgerlichem Recht. Studien zum römischen und geltenden Recht*, Berlin 1952.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1990.

САВРЕМЕНИ ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

Кодификације

- *Аустријски грађански законик, Београд 1906 (превод Драгољуб Аранђеловић)*
- *Грађански законик за Краљевину Србију објашњен одлукама Касационог суда у Београду, средно Иван Д. Петковић, Београд 1939.*
- *Италијански грађански законик из 1942.– Il Codice Civile Italiano*
- *Немачки грађански законик из 1900. – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*
- *Општи имовински законик за Црну Гору из 1888.*
- *Пруски грађански законик из 1794. – Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR)*
- *Француски грађански законик из 1804. – Code Civil (CC)*
- *Швајцарски законик о облигацијама, Београд 1962 (превод Михаило Константиновић).*

Закони

- Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003.
- Закон о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ”, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ”, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС”, бр. 115/2005.
- Породични закон, „Сл. гласник РС”, бр. 18/2005 и 72/2011.
- Закон о јавном информисању и медијима, „Сл. гласник РС”, бр. 83/2014.

Судске одлуке

а) Новија судска пракса

- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2504/07 од 5. децембра 2007. године.

Одлуке Врховног касационог суда Србије

- Рев. 186/10 од 21. априла 2010. године.
- Рев. 170/10 од 22. априла 2010. године.
- Рев. 864/10 од 9. септембра 2010. године.
- Рев. 857/10 од 15. септембра 2010. године.
- Рев. 2891/10 од 7. априла 2011. године.
- Рев. 90/12 од 8. фебруара 2012. године.

Одлуке Апелационог суда у Београду

- Гж. бр. 6432/10 од 16. септембра 2010. године.
- Гж. бр. 1846/10 од 21. децембра 2010. године.
- Гж.2-837/11 од 19. октобра 2011. године.
- Гж.2 836/12 од 9. октобра 2012. године.
- Гж.2 бр. 1234/12 од 24. децембра 2012. године.
- Гж.2 бр. 1197/12 од 6. децембра 2012. године.
- Гж.2 бр. 289/13 од 4. априла 2013. године.
- Гж.2 бр. 25/13 од 17. јануара 2013. године.
- Пресуда Вишег суда у Краљеву 1Гж. 1454/10 од 22. децембра 2010. године.
- Пресуда Основног суда у Краљеву, Судска јединица у Врњачкој Бањи ИП. 228/10 од 6. јула 2010. године.

б) Старија судска пракса

- Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 23/69 од 11. фебруара 1969. године, *Збирка судских одлука, књ. 14, св. 3*, Београд 1969, бр. 298.
- Решење Савезног врховног суда Рев. 120/58 од 5. априла 1958. године, *Збирка судских одлука, књ. 3, св. 1*, Београд 1958, бр. 62.
- Одлука Савезног врховног суда, Рев. 1349/62 од 22. јуна 1962, Гж. 4314/61, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 180.
- Решење Врховног суда Југославије Рев. 1962/65 од 16. јуна 1965. године, *Збирка судских одлука, књ. 10, св. 2*, Београд 1965, бр. 174.
- Решење Врховног суда Југославије Рев. 87/71 од 8. априла 1971. године, *Збирка судских одлука, књ. 16, св. 2*, 1971, бр. 217
- Пресуда Врховног суда Србије Гзз.-382/72 од 29. јануара 1973. године, *нав. према Правни живот 8-9/1973*, одлуке донете у грађанским предметима, стр. 82–87.
- Пресуда Врховног суда Србије Гж. 182/63 од 22. фебруара 1963. године, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 183.
- Одлука Врховног суда Србије – Одељење у Новом Саду – Гж. 109/69 од 27. марта 1969. године, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 191.
- Одлука Врховног суда Србије – Одељење у Н. Саду – Гж. 2849/65, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 187.
- Одлука Врховног суда Србије – Одељење у Н. Саду – Гж. 1247/67, *Збирка судских одлука из области грађанског права*, Београд 1972, бр. 190.
- Решење Врховног суда Босне и Херцеговине Гж. 87/69 од 14. маја 1970. године, *Збирка судских одлука, књ. 16, св. 1*, Београд 1971, бр. 44.
- Решење Врховног суда Народне Републике Хрватске Гж. 1122/56 од 24. јула 1956. године, *Збирка судских одлука, књ. 1, св. 2*, Београд 1956, бр. 348.

- Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Гж. 668/68 од 21. маја 1968. године, *Збирка судских одлука, књ. 13, св. 3*, Београд 1968, бр. 275.

Коментари законских текстова

- Вељковић, Драгослав, *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима*, Београд 2005.
- *Коментар Закона о облигационим односима I* (друго издање), редактори: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, Београд 1983.
- Марковић, Чедомир, *Општи део тражбеног права. Одговарајући текстови француског, немачког и швајцарског грађанског законика*, Београд 1925.
- Перовић, Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима I*, Београд 1995.
- Schwimann, Michael, *ABGB Praxiskommentar Band 4 §§ 859–1089 ABGB WucherG, UN-Kaufrecht* (3. Auflage), Wien 2006.

Енциклопедије

- *Правна енциклопедија* (главни редактор Б. Благојевић), Београд 1979.

Уџбеници

- Антић, Оливер, *Облигационо право*, Београд 2012.
- Apathy, Peter, Riedler, Andreas, *Bürgerliches Recht Band III Schuldrecht Besonderer Teil* (4. Auflage), Wien 2010.
- Bénabent, Alain, *Droit civil, Les obligations*, Paris 1997.
- Благојевић, Борислав Т., *Посебни део облигационог права*, Београд 1939.

- Ђорђевић, Живомир, Станковић, Владан, *Облигационо право (опити део)*, Београд 1974.
- Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil* (11. Auflage), München 1977.
- Looschelders, Dirk, *Schuldrecht Besonderer Teil* (9. Auflage), München 2014.
- Magnan, Muriel Fabre, *Droit des obligations 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, Presses Universitaires de France, 2010.
- *Облигационо право према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића*, Београд 1962.
- Перовић, Слободан, *Облигационо право I*, Београд 1980.
- Perner, Stefan, Spitzer, Martin, Kodek, Georg E., *Bürgerliches Recht* (3. Auflage), Wien 2012, 354.
- Радишић, Јаков, *Облигационо право опити део* (седмо издање), Београд 2004.
- Sériaux, Alain, *Droit des obligations*, Presses Universitaires de France 1991.
- Starck, Boris, Roland, Henri, Boyer, Laurent, *Droit civil, Obligations – Contrat et quasi-contrat régime général* (2^e édition), Paris.
- Terré, François, Simler, Philippe, Lequette, Yves, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2009.

Чланци и монографије

- Ames, J. B., „The History of Assumpsit. I Express Assumpsit”, *Harvard Law Review*, Vol. 2, No. 1 (Apr. 15, 1888), str. 1-19.
- Arandžlović, Dragoljub, „O nepravdom obogaćenju”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, knj. XI, kolo 2, 1925, стр. 339-424.
- Baker, J. H., „The History of Quasi-Contract in English Law”, *Restitution Past, Present and Future*, Oxford 1998 (reprinted 2000), str. 37-56.

- Bazala, Branko, „Naknada u slučaju nemogućnosti vraćanja konfiscirane imovine”, *Naša zakonitost*, Zagreb 1953, str. 54-56.

Birks, Peter,

- *Unjust Enrichment* (Second edition), Oxford 2005 (reprinted 2009).
- „Misnomer”, *Restitution Past, Present and Future*, Oxford 1998 (reprinted 2000), str. 1-29.
- Burrows, Andre, *The Law of Restitution*, London, Dublin, Edinburgh 1993.
- Capitant, Henri, *De la cause des obligations*, Paris 1924.
- Cortese, Barbara, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, Napoli 2013.
- Gerhard Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford 2009.

Даниловић, Јелена,

- „Неосновано обогаћење”, *Анали ПФБ*, 1-4/2001, стр. 492-510.
- „Неосновано обогаћење”, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I–III, Београд 1978, стр. 397-429.
- Дудаш, Атила, *Кауза облигационих уговора* (необјављена докторска дисертација), Нови Сад 2011.
- Ђурђевић, Б. Дејан, „Специфичности интестатског наслеђивања у Српском грађанском законик”, *Зборник радова са научног скупа „Србија 1804-2004 друштво, економија, држава, право, политика, култура, религија“*, Ниш 2005, стр. 439-459.

Gallo, Paolo,

- *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990.
- „Arricchimento senza causa”, *Rivista di diritto civile, parte seconda*, 1993, str. 677-685.
- Гамс, Андрија,
- „Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова”, *Анали ПФБ*, 2/1958, стр. 206-210.

- „Кауза и правни основ”, *Анали ПФБ*, 2/1959, стр. 156-175.
- Goff, Robert, Jones, Gareth, *The Law of Unjust Enrichment*, London 2011.
- Kaehler, Christian-Michael, *Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht*, Bielefeld 1972.
- Капор, Владимир, *Обогаћење без основа* (необјављена докторска дисертација), Београд 1951.
- Константиновић, Михаило, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969.
- Крећ, Milan, „Kako se ima obračunati primljena kupovina u toku okupacije ako je kuporodajni ugovor naknadno ukinut”, *Naša zakonitost*, Zagreb 1953, стр. 56-58.
- Лоза, Богдан, „Однос тужбе из неоснованог обогаћења према тужби за накнаду штете и својинској тужби”, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, Сарајево 1967, стр. 143-157.
- Лукић, Велибор, „Обогаћење без основа и захтев за повраћај принудно наплаћеног”, *Правни живот*, 4/1966, стр. 54-58.
- Nikšić, Saša, „Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 4/2006, стр. 1057-1102.

Perović, Slobodan,

- *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964.
- *Zabranjeni ugovori*, Beograd 1975.
- *Principles of European Law, Study Group on European Civil Code, Unjustified Enrichment – PEL Unj. Enr.*, (prepared by Christian von Bar – Stephen Swann), Munich 2010.
- Rotondi, Mario, „L’azione di arricchimento”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. XXII, 1924, стр. 374–410, 505–541.

- Салма, Јожеф, Кауза облигационих уговора, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2006, стр. 177-200.
- Schlechtriem, Peter, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Band 1, Tübingen 2000.
- Tettenborn, Andrew, *Law of Restitution in England and Ireland*, London 2002.
- Узелац, Милан, *Метафизика*, Вршац 2007.
- Virgo, Graham, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford 2006.
- von Caemmerer, Ernst, *Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, Tübingen 1954, str. 333-401.

Литература са интернета

- Eingriffskondiktion § 812 BGB, [http://bgb.jura.uni-hamburg.de/agl/agl-812-
eingriff.htm](http://bgb.jura.uni-hamburg.de/agl/agl-812-eingriff.htm), 4. новембар 2014.
- Viola, Luigi, Ingiustificato arricchimento indiretto, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=7235>, 4. новембар 2014.

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Мр Валентина Цветковић-Ђорђевић рођена је 5. децембра 1982. године у Бору (Република Србија). Основну школу „IX српска ударна бригада“ и гимназију „Бора Станковић“ завршила је у Бору са одличним успехом (просек 5,00). Правни факултет Универзитета у Београду уписала је школске 2001/2002. године, смер теоријско-правни. Дипломирала је 2005. године са просечном оценом 10. Те исте године уписала је последипломске магистарске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, правно-историјски смер. У току последипломских студија написала је и одбранила семинарски рад под називом „Тестаментарно наследно право према Улпијановим Регулама“. Методологију правних и друштвених наука положила је са оценом 10. Усмени магистарски испит положила је 2008. године са одликом, а магистарски рад под називом „Развој романистике код Срба од средине XIX до средине XX века“ одбранила је 2009. године са одликом.

Добитник је неколико стипендија: Бечког универзитета за довршетак магистарске тезе (2009), Правног факултета Универзитета Лудвиг Максимилијан у Минхену за изучавање немачког права (2008), Бечког Универзитета за похађање летње школе у Штроблу (2007), Министарства науке РС (2006/2007), Универзитета у Београду из задужбине Миливоја Јовановића и Луке Ћеловића (2003).

Добитник је неколико награда: „Круна успеха“ која се додељује најбољим дипломираним студентима Универзитета у Београду (2006. године), Универзитета у Београду из задужбине Миливоја Јовановића и Луке Ћеловића за семинарски рад из Кривичног права под називом „*Actiones liberae in causa*“ (2003. године), задужбине Студеница (2005. године), Норвешке амбасаде (2004. године).

Децембра 2007. године изабрана је у звање сарадника у настави, а априла 2010. године у звање асистента за предмет Римско приватно право на Правном факултету Универзитета у Београду.

Објављени радови:

- „Кондикциона одговорност у римском праву“ *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 2/2014, стр. 229-243;
- „О потреби постојања верзионе тужбе у српском праву“ *Право и привреда* 7-9/2014, стр. 339-353;
- „Основна значења појма *causa* у римском праву“ у „*Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*“ -књига 4 (ур. Проф. др Стеван Лилић), Београд 2014, стр. 234-247;
- „*Condictio indebiti* у римском праву са освртом на савремено право“, *Зборник радова са научног скупа са међународним учешћем „Право и друштвена стварност“*, свеска друга, Косовска Митровица 2014, стр. 299-317;
- „Антички корени правно неоснованог обogaћења“, *Зборник радова Друштва за античке студије*, Београд 2014, стр. 424-438;
- „Општа тужба из неоснованог обogaћења“, *Правни живот, том II* 10/2013, стр. 421-435;
- „Правно неосновано обogaћење од римског до савременог српског права“, *Зборник радова са научног скупа „1700 година Миланског едикта“*, Ниш 2013, стр. 703-721;
- „Кондикција од римског до савременог права“, *Страни правни живот* 1/2013, стр. 198-215;
- „Доктринарна рецепција римског права у Србији као спона античког и модерног поимања права“, *Зборник радова Друштва за античке студије*, Београд 2013, стр. 396-409;
- „Пословодство без налога у српском и европском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије - књига 3* (приредио проф. др Стеван Лилић), Београд 2013, стр. 256-274;

- „Правно неосновано обогаћење у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије - књига 2* (приредио проф. др Стеван Лилић), Београд 2012, стр. 302- 316;
- „Римско право у светлу европских интеграција“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције – књига 4*, (приредио проф. др Стеван Лилић), Београд 2009, стр. 170-180.

Учешће на међународним конгресима:

- *Société internationale Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité* са радовима: „Unjust Enrichment in Serbian Law“ (Oxford 2012) и „The Concept of Causa in Roman Law“ (Napoli 2014);
- *Копачичка школа Природног Права* са радом „Општа тужба из неоснованог обогаћења“, Копачик 2013. године;
- *Антика и савремени свет - тумачење антике*, Београд, Сремска Митровица 2013. године са радом „Антички корени правно неоснованог обогаћења“;
- *Антика и савремени свет - научници, истраживачи и тумачи*, Сремска Митровица, Београд 2012. године са радом „Доктринарна рецепција римског права у Србији као спона античког и модерног поимања права“;
- *1700 година Миланског едикта*, Ниш 2013. године са радом „Правно неосновано обогаћење од римског до савременог српског права“.

Говори енглески, немачки и италијански језик. Служи се латинским језиком.

Члан је Друштва за античке студије Србије.

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ

Потписана Мр Валентина В. Цветковић-Ђорђевић

Број индекса

Изјављујем

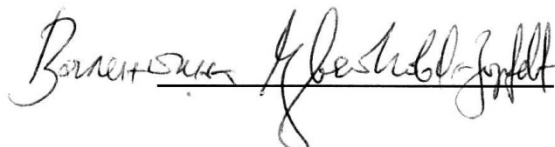
да је докторска дисертација под насловом:

„КОНДИКЦИЈА И ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЂЕЊЕ“

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, јануар 2015.



ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ ШТАМПАНЕ И ЕЛЕКТРОНСКЕ ВЕРЗИЈЕ ДОКТОРСКОГ РАДА

Име и презиме аутора: **Мр Валентина В. Цветковић-Ђорђевић**

Број индекса

Студијски програм **Правноисторијска научна област**

Наслов рада **„КОНДИКЦИЈА И ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЂЕЊЕ“**

Ментор: **проф. др Жика Бујуклић**

Потписана **Валентина В. Цветковић-Ђорђевић**

изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду.**

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, јануар 2015.



ИЗЈАВА О КОРИШЋЕЊУ

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„КОНДИКЦИЈА И ПРАВНО НЕОСНОВАНО ОБОГАЂЕЊЕ“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

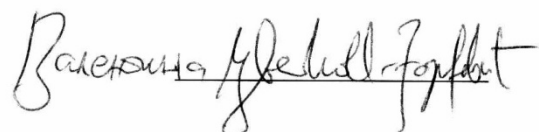
Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, јануар 2015.



1. Ауторство – Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. Ауторство – без прераде. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. Ауторство – делити под истим условима. Дозвољавате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.