

Др Ивана Симоновић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1881303S

UDK: 347.426
Раđ примљен: 23.09.2018.
Раđ прихваћен: 18.11.2018.

КОНКУРЕНЦИЈА ЗАХТЕВА ЗА НАДОКНАДУ ШТЕТЕ И ЗАХТЕВА ИЗ НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЂЕЊА У СЛУЧАЈУ НЕОВЛАШЋЕНЕ УПОТРЕБЕ ТУЂЕ СТВАРИ ИЛИ ТУЂЕГ ПРАВА У СВОЈУ КОРИСТ**

***Апстракт:** Проузроковање штете другоме и стицање без основа у већини права јесу два засебна и самостална извора облигационих односа. Правни појам штете обухвата губитак који особа трпи на свом заштићеном правном добру (субјективном праву или правно заштићеном интересу), и који је неко други дужан надокнадити. Неосновано обogaђење јесте правно неоправдани прелаз неког дела имовине осиромашеног у имовину обogaђеног, који је овај дужан вратити или надокнадити вредност стечене користи. Мада самостални, ови појмови нису и међусобно независни: њихова повезаност видљива је у случајевима у којима штетник, истом радњом којом је оштећеном проузроковао штету, стекне и неку корист на његов рачун. Таква радња, осим што је штетна, могла би се квалификовати и као неосновано обogaђење и дати повређеном право избора правила успостављања нарушене имовинске равнотеже. Једна су правила одштетног права, друга – правила о неоснованом обogaђењу.*

Исплата недугованог (практично, најважнији случај неоснованог обogaђења) ретко задовољава правни појам деликта и не повлачи одштетну одговорност. Ни исплата с обзиром на основ који је отпао (нпр., поништењем или раскидом правног посла) не оставља много

* ivana@prafak.ni.ac.rs

** Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раđ је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

простора да се, уместо кондикционог, истакне одштетни захтев. Прилике за уплив правила о неоснованом обogaћењу у одштетно право биће у случајевима неовлашћене употребе туђе ствари или вршења туђега права у сопствену или корист другог, јер су ово правно недопуштене радње присвајања извесних вредности из туђе имовине (нпр., употреба туђега лика у рекламне сврхе без допуштења особе чији је лик). Ко се недопуштеном радњом обогати на туђ рачун, истовремено починио је и деликт, па осиромашени може захтевати надокнаду штете уместо реституције стечене користи.

Захтев за надокнаду штете и захтев из неоснованог обogaћења конкуришу један другом и не могу се истовремено истицати. Сабирање једино је могуће уколико, и пошто ствар буде враћена а вредност њене употребе надокнађена, преостане губитак који се квалификује као измакла добит. Таква се може надокнадити по правилима одштетне одговорности.

У раду ауторка анализира елементе неоснованог обogaћења у одштетном праву и обрнуто, усмеравањем пажње на поменуте случајеве конкуренције захтева и правни основ одговорности (субјективна или одговорност независна од кривице). Наглашава се да је веза видљива и уколико се оштећени, уместо надокнаде штете, определи за враћање користи неосновано стечене вршењем његовог личног или права умне својине.

Кључне речи: *неосновано обogaћење, штета, конкуренција захтева, реституција, репарација.*

1. Увод

Неретко бива да штетник, једном истом противправном радњом, другоме проузрокује штету, а себи прибави корист, коју не би смео да задржи не само зато што је она последица једног недопуштеног понашања, већ и зато што је стечена на туђ – оштећеников рачун. То нам говоре не само правне норме, већ и властити морални осећај да противправно нарушавање туђе правне сфере треба санкционисати, а не награђивати.

Санкција којом се у оваквим случајевима реагује разликује се од земље до земље и, углавном, креће између два пола и два захтева: одштетног, јер је корист стечена противправно, што је, по себи, деликт, па не сме припасти починиоцу (у супротном, право би га наградило за недопуштено понашање)

и реститутивног¹ – којим се пажња, с противправности, усмерава на чињеницу да је корист произашла из повреде субјективног права или правне позиције друге особе, стечена је, дакле, на њен рачун и има јој се вратити. У супротном, на једној страни имали бисмо осиромашење, а на другој обogaћење – у оба случаја правно неосновано и недопустиво, каква је и сама радња повреде.

Заштитом повређеног субјективног права – било оно повређено проузроковањем штете било неоснованим обogaћењем – жели се успоставити пређашње стање, тачније – стање какво би било да је, у првом случају, оштећеног мимоишао штетни догађај, а у другом – да није било неоснованог стицања користи на рачун осиромашеног. Циљ заштите – *restitutio in integrum* – приближава, дакле, одштетну и реститутивну одговорност, под којом подразумевамо одговорност из неоснованог обogaћења², као посебног извора облигационих односа. Њихова блискост посебно је видљива код неовлашћене употребе туђе ствари у своју корист, која је, у већини права у којима је неосновано обogaћење самосталан извор облигационих односа, један његов посебан облик. Тако је и у нашем праву. Овакво стицање квалификује се као недопуштено и противправно, тако да се веза са одштетном одговорношћу првенствено успоставља преко природе радње одговорног лица. Штетникова радња такође је противправна, осим код одговорности за опасну ствар или вршење опасне делатности, где обележје противправности не носе ствар и радња, јер они су правно допуштени, већ њихов резултат – остварење ризика, који је ималац опасне ствари, тј. вршилац опасне делатности био дужан да одговарајућом контролом спречи. Каже се да „стварање ризика штете јесте правно допуштено, али реализовање ризика није.“ (Радишић, 2008: 194).

У правној теорији и већини савремених права неспорно је да се тужбе из неоснованог обogaћења и за накнаду штете налазе у односу конкуренције. Уколико су се стекли услови за оба захтева, титутар повређеног права има могућност избора оног који му се чини повољнијим – економски исплативијим или једноставнијим за доказивање његове основаности. Избор између реститутивног и одштетног захтева, последично, искључује

1 Изразом реститутивни захтев надаље означавамо захтев за успостављање пређашњег стања по основу неоснованог обogaћења (стицања без основа). Други захтеви, такође усмерени на реституцију, али не по истом основу, нису обухваћени овим изразом.

2 Неосновано обogaћење претежнији је термин у правној литератури. Законодавац користи израз стицање без основа (в., Одељак три Општег дела Закона о облигационим односима, чл. 210–219, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/85 и 57/89; *Сл. лист СРЈ*, 31/93. Даље: 300).

њихову истовремену употребу³ уколико би се тиме два пута, али по различитим правним основима, надокнадио исти губитак (и штета и осиромашење). Но, уколико се одштетним захтевом обухвата онај део надокнаде који није дат у виду неосновано стечене користи, кумулацију треба допустити, ради потпуног преваљивања последица недопуштене радње на одговорно лице.

Да бисмо утврдили по којим се правилима пређашње стање може успоставити: одштетним или по правилима о неоснованом обогаћењу – морамо најпре одредити услове под којима је избор уопште могућ. Да ли је за стицај захтева довољна само квалификација противправности (штетне радње, тј. неоснованог стицања). или су, поред или независно од тога, пресудни врста и карактеристике повређеног субјективног права? Која се корист, мада стечена штетном радњом, може и неоправдано стеченом назвати? Додатно, кад је стечена на туђ – оштећеников рачун? Да ли треба вратити сву корист произашлу из штетне радње, независно од врсте повређеног права и нарушене правне позиције, или треба направити неку разлику? И на основу којих критеријума одредити које повреде дају право оштећеном да изабере захтев који сматра повољнијим? Након што размотримо наведено, анализираћемо правила домаћег права о употреби туђе ствари у своју корист и, у закључку, изнети коначна запажања о односу деликтне и одговорности из неоснованог обогаћења.

2. Круг заштићених субјективних права и правних позиција

У земљама романског правног круга (Француска, Белгија) нема изборности, већ субсидијарности захтева. Реститутивни захтев уступа место одштетном уколико радња има обележја деликта (Schlechtriem, II, 2001: 276), а таква је готово увек, јер је неовлашћени захват у туђу правну сферу, по себи, противправан чин. Принцип субсидијарности упућује на надокнаду штете као метод поправљања нарушене правне позиције титулара права (и оштећеног).⁴

3 Између ових тужби може се бирати, али се оне не могу сабирати. (Радишић, 2008: 304).

4 Уколико ималац права није претрпео мерљив имовински губитак који му треба вратити, готово и да нема могућности избора правила о неоснованом обогаћењу, јер недостају две кључне претпоставке: осиромашење на једној и, с њим каузално повезано, обогаћење на другој страни. Има и таквог неовлашћеног вршења туђег права где не само да је тешко утврдити вредност губитка, већ има ли губитка уопште (на пример, уколико ималац права није намеравао да врши право у време кад је то други, неовлашћено, чинио или ако га туђа неовлашћена употреба у томе није ни спречила).

У германском правном кругу (Немачка, Аустрија), сходно начелу изборности, ималац права може да изабере између реститутивног и одштетног захтева. Тако је и у енглеском праву. Конкуренција ових двају захтева условљена је, пре свега, противправношћу радње стицања користи (*Unrechtmäßigkeit der Bereicherung, wrongful/unlawfull enrichment*), у немачком праву, додатно, и да је стицање противно вољи осиромашеног (*Schlechtriem, II, 2001: 277*). Ове кондикције називају се *Eingriffskondiktionen* и јасно су одвојене од осталих реститутивних захтева – због исплате недугованог, неважности или неостварења основа испуњења. Код потоњих, пренос користи у имовину стицаоца јесте вољан, али без ваљаног основа и то је оно што га чини обогаћеним на туђ рачун.⁵

Важније од противправности радње у немачком праву јесу карактеристике повређеног права, јер оне одређују да ли корист од њиховог вршења треба да припадне искључиво титулару права. Примена реститутивног уместо одштетног захтева условљена је повредом таквог права или интереса који треба да користе искључиво свом титулару или, по његовом овлашћењу, неком другом (Саеммерер, 1954, према: Friedmann, 2001: 493, нап. 11). Уколико право није такво, биће заштићено по правилима и условима за деликтну одговорност.

Право својине и остала стварна права карактеристична су по свом дејству *erga omnes* и искључивости, па је код њих избор могућ.⁶ Ваља, ипак, скренути пажњу да власник коме је ствар одузета или неовлашћено задржана ову неће вратити кондикцијом већ реивиндикационом тужбом.⁷ Реститутивна правила о неоснованом обогаћењу (на која се изричито упућује у § § 987, 988, 993 BGB) примениће се за повраћај плодова и накнаду користи од употребе ствари, где је држаочев положај одређен његовом савесношћу.

Реститутивном одговорношћу нису санкционисане радње којима се стиче корист на коју други нема ексклузивно право. Одговорност може бити одштетна, уколико су испуњени прописани услови. У литератури и судској

5 У нашој правној теорији (нпр., Радишић, 2008: 295 и 299; Ђорђевић, 1980: 662) оваква обогаћења називају обогаћењима радњом осиромашеног.

6 Преовлађујућу теорију припадања (*Zuweisungstheorie*) уобличио су немачки теоретичари Фон Камерер и Вилбург. (Пре тога, довољно је било да је радња стицања противправна, а таква је увек кад се право неосновано вршило.) По њима, неовлашћено стечену корист треба вратити само ако је објективним правом предвиђено да она треба да припадне искључиво имаоцу права, не неком другом. Враћање користи, дакле, условљава се могућношћу имаоца да све друге искључи из утицаја на своје право, јер одатле произлази његово ексклузивно право на ту корист.

7 „Власник има право захтевати од држаоца да му врати ствар“ (§ 985 BGB, Bundesgesetzblatt I, 2002).

пракси наилазимо на пример неовлашћено начињеног снимка туђе куће (Dannemann, 2009: 97). Такву фотографију дозвољено је комерцијално искоришћавати уколико је направљена са улице, али не и уласком на туђи приватни посед.⁸

Различито поступање у заштити повређеног права, овде права својине, указује да се припадање користи, ипак, не одређује само према типу и карактеристикама неовлашћено вршеног/повређеног права, већ и према околностима повреде и смислу правне норме којом је право уређено. Суштински је важно да је корист од вршења права искључиво везана за титулара, да искључиво њему треба да припадне (или другом, по његовом овлашћењу), што може да произлази или из текста норме или њеног духа и смисла.

Теорија припадања нашла је своје заговорнике и у енглеском праву. Наслоњени на судску праксу,⁹ правни теоретичари уобличили су доктрину својине (*property approach*): одустајање од одштетног захтева у корист реститутивног (*waiver of tort*), ради враћања користи стечене штетном радњом, ограничено је на недопуштено вршење туђег права својине или присвајања прихода и других њених вредности. (Friedmann, 2001: 493) Аргументи су слични Фон Камереровим: зато што су својинска овлашћења ексклузивна, треба и да користе искључиво власнику, а другом – уколико се он с тим сагласи.

Аргументи обеју ових теорија логични су и прихватљиви. Искључивост својине (*ius excludendi tertii*) наглашава се као једна њена важна карактеристика, тзв. негативна компонента својине (тако: Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2009: 62), захваљујући којој се овлашћењима држања, коришћења и располагања додаје и овлашћење власника да искључи сва трећа лица из својине и забрани сметање у вршењу својинских овлашћења. У Француском грађанском законнику апсолутност својине изражена је већ у њеној дефиницији: „Својина је право коришћења и располагања стварима на најапсолутнији начин (подвукла аут.)...” (чл. 544). Следом реченог, таква – свеобухватна и потпуна – мора бити и њена заштита: не само према сваком трећем лицу, већ и у свим видовима њеног вршења. Отуд, нема ничег природнијег од одузимања неовлашћено стечене користи из туђег права

8 Немачки Савезни суд 1974. г. наложио је враћање власнику користи од продаје разгледница са сликом његове куће начињене из дворишта, без његовог знања и одобрења, налазећи да корист потиче од објекта доступног само власнику. У сличном случају из 1989. г. реститутивни захтев власника одбијен је, јер је снимак, мада без његовог овлашћења, начињен са простора доступног широј јавности. Упор. BGH 20. 9. 1974, NJW 1975, 778 и BGH 14. 3. 1989, NJW 1989, 2251. Видети и: Dannemann, 2009: 97.

9 Прецедент из случаја Phillips v. Homfray из 1883.

својине (било да је ствар неовлашћено употребљена, било да је власнику одузета¹⁰) и њеног враћања онеме коме објективно право додељује све што својина може да да – а то је власник. Уколико други присваја користи од својине (свеједно у ком облику) и неовлашћен од власника, онда стиче на његов рачун и осиромашује га, па чак и кад власник није био лишен истовремене употребе ствари. Отуд, у енглеском праву, починилац деликта (*wrongdoing*) не сме задржати стечену корист, већ је вратити оном чије је право повредио, чак и кад није могуће јасно одредити у чему се састоји осиромашење имаоца права¹¹ (Schlechtriem, II, 2001: 104).

Сличну искључивост уочавамо и код осталих апсолутних права – личних и права интелектуалне својине – па бисмо могли на исти начин и да их заштитимо – реституцијом неовлашћено стечене користи уместо надокнадом проузроковане штете. У немачком праву, овакав избор омогућен је имаоцу личног права подесног за комерцијално искоришћавање (Danne-mann, 2009: 95). То су права на лик, глас и на друге еманаације човекове личности. Остала лична права заштићена су одштетном санкцијом. Преовлађујући метод заштите права интелектуалне својине је надокнада штете, али се веза са неоснованим обогаћењем успоставља преко метода обрачуна висине надокнаде: оштећеном се, уместо надокнаде стварно претрпљене штете, има надокнадити износ који би штетник био дужан платити за овлашћену употребу (Dannemann, 2009: 95).

У енглеском праву заговарао се и шири приступ реституцији стечене користи. Оштећеном треба да припадне корист коју је штетник стекао својом деликтном радњом¹², без обзира на врсту и карактеристике

10 Оба захтева су реститутивна, мада не и утемељена на истим правним основима. Стечена корист неовлашћеном употребом туђе ствари враћа се по правилима неоснованог обогаћења (верзијски захтев), док се противправно одузета ствар виндицира (упор. чл. 219 ЗОП и чл. 37 Закона о основама својинскоправних односа, Сл. лист СФРЈ, 62/80 и 36/90; Сл. лист СРЈ, 29/96; Сл. гласник РС, 115/05).

11 Ова кондикција назива се *restitution for wrongs* и санкционише стицање користи због карактера радње којом је стечена – њене протиправности. Захваљујући томе, починиоцу деликта одузима се сав и сваки добитак произашао из такве његове радње, па утврђивање губитка друге стране пада у други план.

12 У правима *common law* правног система, одштетно право уобличавало се и развијало под јаким утицајем судске праксе и општих процесних услова пружања правне заштите. Заштита права или интереса, наине, условљена је постојањем тужбе (*writ*) нарочито предвиђене да санкционише управо такву недопуштену радњу којом је право (интерес) у конкретном случају повређено. Одређено право заштићено је од тачно одређене повреде, не од свих. Услед тога, постоје типови тужбених захтева и, за сваки, унапред одређена противправна радња, под које треба подвести околности сваког појединачног случаја да би се субјективно право заштитило. Издвајамо, као типичне, деликте (и тужбене захтеве): *trasspass (to land or chattel)* – директан и

повређеног права (Street, 1962: 245, према: Friedmann, 2001: 495, нап. 23). Реституција је условљена очуваном узрочно-последичном везом између штетне радње и користи.

И док је по немачкој теорији припадања и њене енглеске верзије – теорије својине, за реституцију битно да је повређено право искључиво (што бележимо код својине и осталих апсолутних права), по описаном другом гледишту то уопште није важно, већ да је штетник стекао корист на рачун оштећеног, повредом било ког његовог права.

Ради превазилажења ограничења претходних теорија,¹³ понуђена је и трећа (Friedmann, 2001: 509), утемељена на двама принципима. Први је принцип забране обогаћења на туђ рачун. Ко присвоји корист (допуштеном или недопуштеном радњом) припадајућу другом, дужан је стечено вратити оном коме припада. Припадност користи утврђује се повезивањем са вршеним правом: уколико је ималац права неко други, а не онај коме је припала корист, при чему се ималац није сагласио са употребом нити је одобрио, онда је корист стечена на његов рачун и има му се вратити (јер је његова). Врста повређеног права или правног интереса – својина, друго апсолутно право или уговорни интерес – за реституцију није пресудна. Довољно је да право и интерес наликују својини по својој искључивости (Friedmann, 2001: 496). Својински принцип из прве теорије задржан је, док се у сусрет ширем гледишту пошло ширењем круга заштићених права и интереса (*quasi-property rights and interests*). Неопходно ограничење тих права и интереса налик својини постигнуто је додатним условом реститутивне заштите: да су повређени радњом која је по објективном енглеском праву квалификована као деликт (*tort*), што се на својину не примењује. Власник је заштићен од сваког неовлашћеног мешања у своје

непосредан напад на ствар или особу, противно њеној вољи, одакле су се развиле тужбе *assault* (непосредна претња физичким насиљем), *battery* (повреда телесног интегритета) и *false imprisonment* (противправно лишење слободе); *detinue* и *conversion*. Последња је и најзначајнија, јер санкционише противправне захвате у туђе право својине (одузимање, уништење и оштећење ствари или неовлашћено располагање њоме). Додајемо и *tort of inducing a breach of contract* (подстицање једног сауговорача, од стране трећег, на повреду уговорне обавезе) и *negligence* (проузроковање штете намерно, или из нехата учињеном повредом дужности пажње (*duty of care*) коју је штетник имао према оштећеном). Детаљније и упоредноправно упућујемо на: Zweigert, Kötz, 1996: 607–611 и др.

13 Теорија својине не може да објасни ситуације у којима се реституцијом, уместо надокнадом штете, штите и права која нису ни стварна ни апсолутна (нпр., повреда фидуцијарне обавезе према фидуцијанту). Други, шири, концепт не успева да објасни реституцију користи стечене на туђ рачун, али радњом која није деликт (имамо у виду признату класификацију деликата у енглеском праву, в. нап. бр. 13) или стечене правно дозвољеном радњом.

право својине, па се реститутивни захтев рађа већ и из стицања користи неовлашћеном употребом ствари.

Други принцип је алтернативни, применљив на корист стечену недопуштеном радњом којом је и штета проузрокована, или незаконитом радњом, затим повредом фидуцијарне обавезе заштите оштећеног, неких уговорних обавеза¹⁴ или радњом стварања ризика (Friedmann, 2001: 497). Предајом оштећеном на овај начин стечене користи, упозоравају се сви које би на деликтну радњу могућност стицања користи мотивисала. Поручује¹⁵ им се да не рачунају с могућношћу задржавања било какве користи коју би стекли недопуштеном радњом; делује се превентивно и одвраћајуће, па се принцип означава као принцип застрашивања.

3. Употреба туђе ствари у своју корист

„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.“

Цитираном одредбом чл. 219 300 уређен је типичан случај неоснованог обогаћења (стицања без основа) властитом радњом, тј. радњом обогаћеног¹⁶, веома близак проузроковању штете као извору облигационих односа, посебно у случају у ком је обогаћени био несавестан (знао је или могао знати да је ствар туђа и да му њен власник или други овлашћени ималац није одобрио употребу). Реститутивну – обавезу накнаде стечене користи – има, међутим, и савесни (а неовлашћени) употребилац туђе ствари, зато што је ова одговорност неусловљена савесношћу (кривицом). У овом, али и другим случајевима у којима је вршење туђег права (пре свега апсолутног права) без икаквог или макар ваљаног правног основа, корисно другом, титулар права трпи и штету и бива осиромашен, због чега му законодавац признаје право избора између одштетног и реститутивног

14 Реститутивни захтев дозвољен је под условом да је несавесни саговорач, повредом уговора, стекао корист коју иначе – да није било повреде – не би имао. На пример, уместо да ствар прода првом с ким је закључио уговор, он је прода и преда другом купцу. Први купац има право да, уместо накнаде штете (која би се свела на накнаду негативног уговорног интереса), захтева да му продавац исплати износ у висини друге (више) цене, као користи које не би ни било да је остао веран првобитно датој речи. Оваква повреда уговора (*breach of contract*) пример је повода за уговорноправну, једнако као и за деликтну одговорност.

15 Захваљујући овој поруци-претњи, принцип се назива принципом застрашивања. (Тако: Friedmann, 2001: 497)

16 Класификација облика неоснованог обогаћења по Радишић, 2008: 295 и 299, и Ђорђевић, 1980: 662.

(верзијског) захтева.¹⁷ Но, постојање штете свакако није предуслов реститутивног захтева из неоснованог обогаћења, нити искључује право избора осиромашеног, што јасно произлази из цитиране законске одредбе: „...независно од сваке штете или у одсуству ове...“.

Кумулација захтева – одштетног и реститутивног – могућа је, дакле, уколико из исте радње настане оштећење једног, а обогаћење другог, уз истовремено испуњење како услова одговорности из неоснованог обогаћења, тако и оних деликтних. Она треба да олакша положај осиромашеног/оштећеног, који слободно бира основ по ком ће уредити однос са неовлашћеним корисником своје ствари, тј. вршиоцем свог права.¹⁸

У оквир правне заштите спада сваки вид неовлашћене употребе туђе ствари. У правној теорији (Danilović, 1978: 423) направљена је разлика између употребе и коришћења, практично применљива код одређивања врсте и начина реституције.

Употребом ствар се претвара у нешто друго или престаје да постоји¹⁹ (Danilović, 1978: 423), чиме се искључује натурална реституција.²⁰ Корист од употребе надокнађује се у новцу, а износ утврђује према објективној (тржишној) вредности коју је ствар имала у време употребе (несавесни обогаћени) или истицања реститутивног захтева (савесни обогаћени).²¹

17 „Кад је истим догађајем (противправно рушење туђе грађевине и присвајање грађевинског материјала) причињена другом штета и постигнуто обогаћење без основа, то може послужити као чињенични основ како тужбе за накнаду штете тако и тужбе због неоснованог обогаћења.“ Врховни суд Југославије, Рев. бр. 1962/65, од 16. 6. 1965, ЗСО из 1965. године, 174. Нав. према: Цигој, 1980: 575.

18 „Када дође до употребе туђе ствари у своју корист, однос између корисника и власника, тј. другог овлашћеног имаоца ствари може се увек расправити по правилима о неоснованом обогаћењу, а по правилима накнаде штете само уколико постоје услови за примену тих правила.“ (Ђорђевић, 1980: 662)

19 На пример, изградња туђим материјалом, прерада ствари, спајање или смеша туђе ствари са својом.

20 Ако је за отуђену, потрошену или уништену ствар примљен други предмет (сурогат), осиромашени може тражити да му се он преда уместо исплате новчаног еквивалента. (Визнер, 1977: 6) Детаљно о правилима враћања стеченог без основа видети и: Симоновић, 2012: 143–172 и 180–186.

21 Законодавац уређује обим враћања плодова (природних и цивилних), не и главног предмета обогаћења (в. чл. 214 300). Аналогично морамо поунити ову правну празнину и иста правила применити и у случајевима скривљене пропасти или оштећења ствари (главног предмета обогаћења) и њеног бесплатног отуђења трећем. Несавесни обогаћени дужан је платити објективну – тржишну вредност ствари на дан стицања без основа, чиме испуњава главну обавезу, али је дужан испунити и оне споредне из чл. 214 300, такође у новцу.

Уколико је ствар отуђена за накнаду, вратиће се примљени износ, јер то је вредност употребом постигнуте користи на коју се реферише у чл. 219 300.

Коришћењем ствар задржава свој идентитет, али јој се умањује вредност (Danilović, 1978: 423). Становање у закупљеном стану и по истеку уговореног рока можемо навести као пример. Враћање ствари *in natura* могуће је, упркос томе што из законске формулације произлази да у обзир долази искључиво новчана реституција („...да му *надокнади* корист коју је имао од употребе“, чл. 219 300 *in fine*). Натуралну реституцију допуниће новчана, којом ће обогати надокнадити корист од употребе ствари и вредност присвојених плодова (ако је ствар плодносна). Висина надокнаде одредиће се на основу чл. 214 300 вођењем рачуна о савесности/ несавесности обогатиога.²²

4. Предности реститутивног захтева у односу на захтев за надокнаду штете

Реститутивни захтев из неоснованог обогатења препоручује се својим дужим роком застарелости (општи рок од десет година²³) у односу на рок у ком застарева потраживање накнаде штете (три, тј. пет година²⁴) и несавесношћу (кривицом) обогатиога неусловљеном одговорности. Кривица је, с друге стране, најчешћи основ деликтне одговорности (чл. 154, ст. 1 300), али и њен услов: штету проузроковану радњом која се починиоцу не може уписати у кривицу, по правилу, оштећени мора сам да поднесе.²⁵

Реститутивни захтев има још предности. Он погодује оштећеном чији је одштетни захтев застарео, јер се њиме може од лица одговорног за штету, по правилима стицања без основа, захтевати уступање оног што је добило штетном радњом (чл. 209 300). Овај, сада алтернативни, захтев застарева у општем року застарелости од десет година, у ком и иначе застаревају потраживања из неоснованог обогатења.

22 У нашем примеру, корист од употребе стана након истека уговореног рока огледа се у уштеди трошкова – закупнине, коју би купац био дужан платити да је било основа за коришћење стана. Овај износ умањује се у висини трошкова које је обогатио имао у вези са ствари, по правилима чл. 215 300. Више у: Симоновић, 2012: 168–171.

23 Видети: чл. 371 300.

24 Видети: чл. 376 300. Ипак, уколико је штета проузрокована кривичним делом чије кривично гоњење застарева у дужем року, потраживање накнаде штете застарева по истеку тог рока (чл. 377 300).

25 У том случају важи принцип *casus a nullo prestatatur* (Радишић, 2008: 214). Имамо у виду ситуације у којима нема услова ни за објективну ни за одговорност по основу правичности, које кривицом нису ни условљене (в. чл. 173, 174 и 169 300).

Посматрањем користи произашле из штетне радње као оне стечене без правног основа и на рачун оштећеног, и њеним уступањем оштећеном, омогућава се каква-таква надокнада претрпљеног губитка. Колико ће се заиста изравнати имовински губитак, зависи од вредности уступљеног: у целости, уколико су штета и сурогат једнаке вредности, или делимично – уколико вредност сурогата није довољан за потпуну накнаду штете. С друге стране, вредност сурогата може бити и већа, посебно кад је штета причињена личним и правима умне својине оштећеног – што даје простора промишљању о оправданости да она, у целости, припадне оштећеном. Дилема је већа уколико титулар неовлашћено вршеног права није намеравао да и сâм врши право или га туђа неовлашћена употреба у томе није спречила.

Реститутивна обавеза састоји се у накнади стечених користи, а њен обим може се одредити или вредношћу употребљене ствари или висином стварно неосновано стеченог. Прописивањем да се корист од употребе *надокнађује* (реституција је новчана), законодавац као да претпоставља да је употребљено изгубило индивидуалност или да више не постоји, и да не може бити враћено *in naturam*. Претпоставка не стоји у сваком случају, нпр., код смеше или спајања своје са туђом ствари које су појединачно и даље препознатљиве и одвојиве без оштећења. Осиромашеном се мора омогућити да изабере између накнаде вредности ствари, коју ће онда препустити обогашеном, и захтева да му она буде враћена у постојећем стању (тако и: Ђорђевић, 1980: 662). Реституција је онда натурална, а може јој се придружити захтев за новчану надокнаду преосталог обогашења, непокривеног вредношћу враћене ствари (обогашење у висини уштеђених трошкова који би се морали начинити да није употребљена туђа ствар²⁶).

5. Закључак

У случају проузроковања штете, грађанскоправна санкција је реакција на повреду опште забране проузроковања штете другоме, а конкретизује се обавезивањем одговорног лица да је надокнади. Стицање користи на рачун другог и без правног основа санкционише се због повреде забране неоснованог обогашења, обавезивањем обогашеног да стечено врати – реституише осиромашеном, коме припада или му је намењено. Повређено право својине, одузимањем или неоснованим задржавањем ствари, такође је санкционисано мером реститутивног карактера, јер је држалац дужан да је врати власнику. Реститутивност својинскоправне заштите објашњава

26 На пример, цена за куповину истоврсне ствари или закупнина за њену привремену употребу.

се природом и *erga omnes* дејством својине, њеном искључивошћу и ексклузивношћу.

Искључивост својине не само да значи да на ствари може постојати само једно право својине већ да су сва својинска овлашћења искључиви прерогативи власника, о чијем вршењу једино он одлучује, сам их вршећи или овлашћивањем другог на то. Сваки додир трећег лица са ствари противно власниковој вољи недопуштено је задирање у подручје његове слободе, које се, за случај депосирања власника, санкционише враћањем (реституцијом) одузете ствари, и то у њеном натуралном облику.

Неовлашћеном употребом туђе ствари такође се повређује право својине и улази у искључиви домен власника ствари. Санкционисањем таквог понашања фокус се, ипак, помера на чињеницу да је употребилац присвојио корист на коју нема право он, већ власник, на чији се рачун и обогатио. Одговорност употребиоцева јесте, пре свега, облигационоправна, испуњава се надокнадом неосновано стечене користи, а повраћајем ствари само ако је она употребом очувала свој идентитет, па је власник може виндицирати.

Ексклузивност и искључивост јесте одлика и других апсолутних права – личних и права умне својине (ауторског и проналазачког права) – па се и она могу на сличан начин заштитити. Тако, ако је њиховим недопуштеним вршењем повредилац постигао (процењиву) корист, осим одговорности за штету или уместо ње, могуће га је изложити одговорности по правилима о неоснованом обогаћењу (стицању без основа) и обавезати га да стечену корист, на коју нема право, преда титулару, чије је право неовлашћено вршио. Типичним примерима сматрају се неовлашћена употреба туђег имена или слике, по правилу познате личности, у рекламне сврхе, чиме је повећан профит одговорног лица, или стицање добити неовлашћеном употребом лиценцираног производа. Овде се из једног скупа чињеница могу извести два посебна (и међусобно конкуришућа) правна захтева – одштетни и облигационоправни захтев из неоснованог обогаћења – између којих ималац повређеног права може бирати онај повољнији. Обавезу надокнаде штете може заменити обавеза да се врати неосновано стечена корист. Неоснованост стицања види се у односу према оштећеном титулару права, коме корист није припала, а требало је, зато што потиче од његовог апсолутног субјективног права. Уколико би повредилац задржао корист, неосновано би се обогатио, што је недопустиво утолико пре што је она проистекла из штете коју је он проузроковао. Реститутивна заштита објашњава се, дакле, природом и карактеристикама повређеног права и забраном неоснованог обогаћења.

Опредељење за кондикцијски уместо одштетног захтева рационално је и ако је корист већа од претрпљеног губитка или је тешко доказати све елементе деликтне одговорности. Предност реституције по правилима стицања без основа посебно се исказује уколико титулару повређеног права није причињена никаква мерљива или видљива штета, јер није намеравао да и сâм врши право или га неовлашћена употреба није у томе спречила. Чини се да питања да ли би и било некакве користи од вршења права да га је вршио његов титулар или да ли је тако нешто и намеравао не треба ни постављати. Чак и да на њих одговоримо негативно, не бисмо могли искључити одговорност повредиоца права, ни по правилима одштетног права ни по правилима стицања без основа. Једноставно, у природи апсолутних грађанских субјективних права је моћ њиховог искључивог вршења и она припада једино титулару. Границама ових права одређен је домен ексклузивног уживања, располагања, па и комерцијализације добара поводом којих су она призната, изван којих треба да остану сва трећа лица, осим ако их је титулар на то овластио или им је допустио, преносом појединих овлашћења

Неовлашћено вршење свих апсолутних права поприма карактеристике недопуштене радње, која може изазвати и деликтну одговорност, чак и ако титулар повређеног права не трпи штету. По нашем мишљењу, у таквом случају штету би требало схватити у ширем смислу, чак је изједначити са радњом неовлашћеног задирања у туђу ексклузивну правну сферу, без обзира на последице, зато што природа повређеног права захтева једну такву свеобухватну правну заштиту. Сваким и самим неовлашћеним вршењем туђег апсолутног права ствара се ситуација супротна њиховој ексклузивној правној природи, по којој нико, осим имаоца права, не сме да има додира са овим правима. Захват у субјективна права апсолутног дејства, сам по себи, недопуштен је и штетан, без обзира да ли има видљиве и мерљиве штете и да ли је титулару ускраћено или отежано истовремено остваривање њихове садржине.

У нашем праву, избор реститутивног захтева из неоснованог обогаћења има најмање две предности за титулара повређеног права. Захтев застарева у дужем, општем року од десет година, насупрот трогодишњем року за потраживања надокнаде штете, што је прва предност, а друга је повољнија процесна позиција тужиоца, који не треба да докаже кривицу туженог (обогаченог), већ само да је он стекао корист на коју нема право, будући да произлази из тужиочеве правне сфере одређене границама (неовлашћено вршеног) апсолутног права, и њему припада. Користи треба придати значење које има у пољу неоснованог обогаћења: увећање имовине или уштеда издатака који су били њено очекивано умањење.

Конкуренција одштетног и захтева из неоснованог обogaћења не представља опште правило упоредног права, посебно у правима у којима је неосновано обogaћење тек фрагментарно уређено и подређено другим изворима правних овлашћења и обавеза (принцип субсидијарности, нпр., у француском праву). Наведени примери стицања користи неовлашћеним вршењем апсолутних права правно се квалификују као деликт, али се висина надокнаде штете одређује сразмерно користи коју је штетник остварио, те се на тај начин, и макар путем резултата, изједначава положај оштећеног са положајем осиромашеног.

Литература/References

Bürgerliches Gesetzbuch. *Bundesgesetzblatt I*. 2002.

Визнер, Б. (1977). Правила враћања стеченог без основа (*condictio*) по новом Закону о облигационим односима. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 12. 1–10.

Von Caemmerer, E. (1954). *Bereicherung und Unerlaubte Handlungen, Festschrift für Ernst Rabel*. Према: *Friedmann, D. (2001)*. Restitution of Benefits obtained through the Appropriation of Property or Commission of a Wrong. U: Smith, L. D. (ed.). *Restitution*. Burlington: Ashgate, Dartmouth. 491–545.

Danilović, J. (1978). Sticanje bez osnova. U *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*. Tom treći. Beograd: NIU Službeni list. 397–429.

Dannemann, G. (2009). *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, A Comparative Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

Ђорђевић, Џ. (1980). Sticanje bez osnova. U Perović, S. i Stojanović, D. (red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Knjiga prva. Kragujevac – Gornji Milanovac: Pravni fakultet – Kulturni centar. 618–662.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1985 и 57. 1989; *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993.

Закон о основама својинскоправних односа. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 62. 1980 и 36. 1990; *Сл. лист СРЈ*. Бр. 29. 1996; *Сл. гласник РС*. Бр. 115. 2005.

Zweigert, K. Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Ковачевић Куштримић, Р. Лazić, М. (2009). *Stvarno право*. Niš: Punta.

Радишић, Ј. (2008). *Облигацино право. Општи део*. Београд: Номос.

Симоновић, И. (2012). *Реституција у грађанском праву – домашај примене*. Докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Street, H. (1962). *Principles of Law of Damages*. Према: *Friedmann, D. (2001)*. Restitution of Benefits obtained through the Appropriation of Property or Commission of a Wrong. U: Smith, L. D. (ed.). *Restitution*. Burlington: Ashgate, Dartmouth. 491–545.

Schlechtriem, P. (2001). *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*. Band II. Tübingen: Mohr Siebeck.

Cigoj, S. (1980). Sticanje bez osnova. U Blagojević, B. Krulj, V. (Red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. I. Beograd: Savremena administracija. 550–575.

Ivana Simonović, Ph.D.

Assistant professor

Faculty of Law, University of Niš

**CONCURRENCE OF ACTIONS BETWEEN THE LAW OF TORT
AND THE LAW OF UNJUSTIFIED ENRICHMENT IN CASES OF
UNAUTHORIZED USE OF ANOTHER'S SUBJECTIVE RIGHT**

Summary

Non-contractual liability arising out of damage caused to another and unjustified enrichment are two separated and autonomous bodies of law in most legal systems. Legally relevant damage is loss or injury which a person suffers on his/her right or interest worthy of legal protection, and which the responsible person is obliged to compensate. Unjustified enrichment is transfer of wealth without legal justification, which the enriched person is obliged to return in naturam to the person at whose expense the benefit is acquired, or to pay its objective value.

*Although autonomous, these branches of law are not entirely independent from each other. There are situations where the same event can be qualified both as damage as well as unjustified enrichment, establishing the right for the injured person to choose between the action in tort and the one in unjustified enrichment. Cases of *condictio indebiti* (mistaken payments) and of *condictio sine causa* (performances rendered under void or voidable contract) rarely satisfy the legal notion of damage and has little relevance for the law of tort. These performances should be reversed according to the rules of unjustified enrichment.*

Overlap between the tort law and the law of unjustified enrichment emerges when a person without authority interferes with the right of another (not necessarily in the blameworthy manner) and thereby acquires benefits. The unauthorized disposal or use of another's property or personality right are qualified as torts (wrongs) and the injured person, instead of restitution of the acquired benefits, can claim compensation for the damage caused. This is possible for the action in tort and the action in unjustified enrichment to concur to each other. Yet, their alternative nature does not allow the injured party to use them at the same time: she must choose between them.

In this paper the author analyzes elements of unjustified enrichment in the tort law and vice versa, focusing on the above mentioned instances of concurrence of actions, as well as on the legal basis of liability (based-fault responsibility and responsibility independent of fault). She emphasizes the connection between these separated sources of obligation in cases where the injured party waives the claim for damage and, instead, claims the return of profit gained by the unauthorized use of her personality right (for example, right to name or image) or commercial trademark or copyright.

Keywords: *unjustified enrichment, damage, liability, concurrence of actions, restitution, compensation, reparation.*