

ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА

1. *Начело забране злоупотребе у упоредно-правној теорији*

Теорија о злоупотреби права настала је у Француској у другој половини XIX века, најпре у судској пракси (одлука Колмарског суда од 1885. у коме је власник направио лажни димњак који није имао отвор за дим, да би суседу заклонио светлост) најпре ради ограничења апсолутистичког и неограниченог права приватне својине, а затим се ово учење проширило на сва субјективна права, како би се њихово вршење подвргло контроли са становишта циља и духа права. Данас је забрана злоупотребе права постала *communis opinio* свих модерних правних поредака различито формулисана у појединим кодексима како капиталистичких тако и социјалистичких држава.

Најзначајнији за развој и постављање теорије злоупотребе права која се најпре појавила у француској доктрини био је Жосран (L. Josserand, *L'abus des droit*, Paris, 1905; *De l'esprit des droit et de leur relation*. — *Theorie dite de l'abus des droits*, 2 издање, Париз 1939).

По Жосрану теорија злоупотребе права се схвата чисто субјективно и битан му је мотив титулара који врши своје право. Злоупотреба права се не карактерише резултатима извршног акта, већ мотивима који су били повод том акту, не величином нанете штете, већ душевним стањем учиниоца. Људска се делатност ту проучава као феномен воље: циљ који је титулар права имао при вршењу свог права, тај циљ карактерише злоупотребу. Циљ да се другоме наноси штета је мотив, који се не слаже са здравом реализацијом права. Ко би могао трпети да се законске прерогативе ставе у службу пакости, злобе и несавесности. Лукавство, превара, под видом вршења права. Оно се мора сузбити, иначе би само право, стављено у службу антисоцијалних циљева, било изиграно од оних, који треба да га чувају. Права нам нису дата да под њиховим окриљем друге штетимо. Свака пакосна намера је антисоцијална, противна духу правне институције и према томе она је битан елеменат злоупотребе.

У даљем развоју овог учења француска судска пракса је створила критеријуме, делом објективне, делом субјективне, према којима се утврђује постојање злоупотребе права. Од тих критеријума најзначајнији

су: 1) намера за наношење штете; 2) свест о томе да постоји штета; 3) недостатак оправданог интереса; 4) одступање од социјалне функције права. (Campion, *La théorie de l'abus des droits* 1925, стр. 299).

У Немачкој се теорија злоупотребе права појавила у судској пракси кроз прихватање *exsercio doli generalis* све до доношења Немачког грађанског законика. Било је предлога да и у законик уђе слична одреба, али је овај предлог одбијен са мотивацијом да би опште прихватање *exsercio doli generalis* довело „у сумњивим случајевима“, на место чврсте правне норме, до одлучивања по субјективном осећању судије и избрисала би се граница између права и морала“. Немачки грађански законик је због тога, у ограниченом садржају, под утицајем учења о *exsercio doli generalis* усвојио, у § 226. забрану шиканозног вршења права: „Није допуштено вршење права, које има једино сврху, да другоме наноси штету.“ Међутим, § 226. је због свог уско субјективног критеријума да је циљ (овде је циљ изједначен са мотивом, мотив је по правилу у грађанском праву ирелевантан. Мотив се састоји у представи, а представа се састоји из циља. Циљ, је дакле, садржај мотива) вршења права проузроковање штете другоме неподесан да буде основ за општу забрану злоупотребе права. (Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch*, 1935, стр. 8). Он се може применити само у случајевима, ако странка која врши своје право не следи никакав други циљ, него да другоме нанесе штету. Због тога се немачка судска пракса, после доношења Грађанског законика, врло ретко позива на § 226, већ је основ за примену опште забране злоупотребе права налазила у § 242, дакле у начелу савесности и поштења. Уколико се више судска пракса у борби против злоупотребе права ослањала на пропис § 242 (начело савесности и поштења), утолико је *exsercio doli generalis* престајао да буде основ за сузбијање злоупотребе. Злоупотреба права односно недозвољеног вршења права (оба тремина се у Немачкој употребљавају паралелно), представља флагрантан случај по пресе начела савесности и поштења. Оно је потпуно довољно у оквирима позитивног права да испуни функцију коју је раније имао приговор преваре (*exceptio doli generalis*).

„Ми смо дошли на овај степен развоја који је и римско право достигло. Јер је у моменту највишег развоја римско право подразумевало под допусом у смислу почетне формуле само још за објективне претпоставке везану повреду *aequitas* или *bona fides*, или што ми сада са новим речима изражавамо, понашање противно правичности или савесности и поштењу, а не више долозно, преварно понашање овлашћеног лица“ (Tschischgale: *Die Rechtsnatur der Verwirkung*, Diss, 1937).

Вршење једног права, свеједно да ли се оно састоји у стварно-правном или облигационо-правном овлашћењу, остварењу једног захтева према трећем лицу или у другој форми вршења права, недозвољено је, ако с обзиром на обичаје у промету врећа начело савесности и поштења.

Ако је основ за злоупотребу права садржан у начелу савесности и поштења, онда постоји злоупотреба права и кад лице није криво за злоупотребу, јер се и за повреду начела савесности и поштења не тражи кривица. Тако се појам злоупотребе који се првобитно појављује као субјективан појам (битан је мотив при вршењу права — намера за оште-

ћењем другога), пребацује на објективно тле. Зато се и поред формулације § 226. који говори о шиканозном вршењу права (која је чисто субјективна), с правом може говорити да у немачкој доктрини и судској пракси преовлађује објективни концепт злоупотребе права. Он је био и резултат преуских оквира које је субјективна теорија злоупотребе поставила и могућности да се у њеној примени повреди правна сигурност. По овом схватању, право се не злоупотребљава само ако његов титулар дела у намери да другога оштети. Каква је његова намера то се суда не тиче. Важно је да се право врши ненормално, без икаквог законског интереса, антисоцијално и штетно за другога. И представници француске теорије (Saleilles, Capitant, Ripert) заступају објективну теорију злоупотребе права кроз формулу да се злоупотреба састоји у „ненормалном вршењу права”.

Пошто за сва субјективна права у модерним порецима важи правило да се она не могу неограничено вршити, испитујући та ограничења код утврђивања кад постоји у конкретном случају код вршења права злоупотреба, немачка теорија се поделила на два табора: присталице „унутрашњих” ограничења субјективних права и „спољашњих” ограничења.

Према „спољним” теоријама субјективна права се ограничавају споља и та ограничења су материјално-правне природе, као што је случај са ограничењем, које за субјективна права произилазе из начела савесности и поштења (§ 242). Ова ограничења која долазе споља не врше никакав утицај на садржину права, нити могу да у право овлашћеног лица унесу обавезу да мора користити своје право. Она само забрањује вршење права које вређа те спољне границе, а само право као такво и даље остаје. Радња којом се врши злоупотреба права креће се у границама права и она није забрањена зато што је прекорачена садржина субјективног права, већ зато што су њом повређене друге норме које постоје поред субјективног права (представници „спољне теорије у Немачкој су: Oertmann, Fischer, Gager. У Француској ово схватање заступа Josserand: *De l'esprit des droits et leur relativité*, Paris, 1927, стр. 312).

Услед промена спољних граница које важе за вршење једног субјективног права догађа се често да једно вршење које је у одређеном моменту било забрањено, касније постане дозвољено, пошто не постоји (услед промене права) више ни један закон, ни једна правна норма која се супротставља вршењу тог субјективног права.

Представници „унутрашње теорије” сматрају (заступници „унутрашње теорије” су: Esser, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2 Aufl., 1960, § 34, 8; Larenz: Wolf — Reiser, *Sacherechet* § 52; I; Ennecerus — Nipperdey и други. У Француској присталица ове теорије је Planiol — Ripert: *Traité élémentaire* II Paris, 1932, стр. 289), да су ограничења субјективног права дата у самој садржини права и чине његов саставни део. Вршење права према томе, спада у садржину права и ограничење вршења права је ограничење самог права. Садржина сваког субјективног права је ограничена смислом права због кога је оно признато или нормом која гарантује субјективно право или помоћу општих правних начела као што су добри обичаји, савесност и поштење, јавни поредак и др. Ограничења су иманентна сваком субјективном праву. Право престаје, како каже Пла-

њол, где злоупотреба почиње. Учење о злоупотреби права треба да представља учење о општим садржинским границама права.

По „унутрашњим теоријама“, дакле, свако право носи у себи одређене границе и ограничења, сходно његовој „социјалној функцији“, па ограничења права која долазе споља логички нису могућа. Унутрашње теорије истичу и приговор, против схватања оних који сматрају да материјално правне границе права долазе споља и не улазе у садржину права, већ само забрањују учесницима правног односа да користе своја права, да је апсурдно што правни поредак на једној страни гарантује неограничена права, а истовремено изјављује да је његово вршење недозвољено. То је *circulus vitiosus*.

Међутим, без обзира на аргументе који говоре у прилог „спољне“ или „унутрашње“ теорије, сигурно је да обе имају одређене предности које се не морају искључити. Спољне теорије воде рачуна о релативности садржине субјективног права, наиме о чињеници да је врло тешко законодавцу да у моменту гарантовања једног субјективног права тачно одреди његову садржину. Овако му остаје могућност да у зависности од конкретних потреба, накнадно одређује спољне границе до којих се може вршити једно субјективно право. Због тога не изненађује околност да једно вршење субјективног права, које у одређеном моменту представља злоупотребу касније се претвори у нормално вршење, кад отпадну спољне границе које су то вршење забрањивале.

Не противуречи логици ствари „унутрашњих теорија“, по којима свако субјективно право носи ограничење у себи, омогућавајући тиме бољу заштиту интереса заједнице због које је право дато, да се путем посебних законских норми или уговора одреде спољне границе за вршење права, путем супротних права или општих правних принципа. Ствар је законодавца да оцени хоће ли се послужити првим методом, да одмах у садржини права одреди и елементе ограничења или ће, водећи рачуна о релативности садржаја права, то учинити касније.

У сваком случају у спору о злоупотреби права погођеном лицу треба дати могућност да само одлучи да ли је вршење субјективних права од стране титулара за њега несношљиво и штодљиво, због чега он сматра да је тако вршење од стране овлашћеног лица недопуштено и да представља прекорачење субјективног права. Није ствар суда да по службеној дужности, без консултације повређеног лица, одлучује о постојању злоупотребе права, како то тврде присталице „унутрашње теорије“. Овде треба да важи аналогно правило које се примењује код застарелости, ретенције, компензације, где је јасно дошло до изражаја уважавање реакције погођеног лица при вршењу једног субјективног права које је усмерено на њега.

2. Злоупотреба права у нашој теорији, предатном законодавству и Општим узансама за промет робе

Грађанска субјективна права су дата субјектима да их врше. Тек у њиховом вршењу, кад се право стави у покрет, кад субјект усклађује своја понашања са садржином свога права, стварајући објективну пра-

вну ситуацију, може да дође до тога да се његове спољне, формално понашање покрива садржајем његовог субјективног права, а да се оно у суштини користи у циљу који је противан намени коју је правни поредак имао у виду када је признао субјективно право појединца. Полазећи од те намене, циља права, нипошто не значи да субјективно право садржи у себи идеју права социјалне функције у смислу учења Дигија. Субјективно право је „објективним правом одређена сфера власти субјекта права за постизање интереса које друштво у својој класној условљености дозвољава. Субјективна права дакле имају извесну друштвену намену, сврху, али су она права и њихова садржина може бити одређена. Њихова садржина може да буде сужена, објективно право може одредити да се на пример, конкуренција међу предузећима обавља у оквиру законских прописа, или да се у случају оскудице стамбених просторија регулише закупнина, да се забрани употреба стамбених просторија за друге сврхе осим за становање, да се са својим производима у случају оскудице не шпекулише. Те границе могу бити одређене грађанским, административним или кривичним правом. Али битно је то да се у оквиру тих прописа јасно одреде свачија субјективна права. А кад она постоје, могу да се злоупотребе, да се употребе само зато да другима нашкоде, јер њихова садржина ипак никад не може да буде сасвим детаљно, таксативно одређена. Судска пракса свих земаља даје за ово тврђење много примера. Сетимо се да је законодавна техника у формулисању прописа увек сразмерно несавршена, да је живот инвентивнији од законодавца. Због тога је оправдано учење о злоупотреби права. (Др Андрија Гамс, Увод у грађанско право, Београд, 1963, стр. 254 — 255).

Не само у упоредном праву, већ и у нашој предатној теорији посто, јала је јакo наглашена бојазан да прихватање теорије злоупотребе права значи налуштање индивидуализма и индивидуалистичког правног поретка, акт „социјализације права”. Тај став је нарочито био наглашен код Живојина Перића (О обавези заштите од евикције код уговора о продаји и куповини, Београд, 1909, стр. 18): „Теорија злоупотребе права јесте први корак оној социјалној реформи, чија је према садашњим концепцијама, колективизам крајња тачка. Јер колективизам значи преобраћање приватних права (приватних интереса) у друштвено, опште право (у друштвене, опште интересе) а речена теорија то преобраћање делимично још сада чини. И заиста ако ми своје право не можемо употребити у случају кад од те употребе нећемо видети користи, а трећа лица имају од тога само штете, онда то значи да је у тој мери наше право, које је до сада било потпуно, дакле постојало у томе случају уништено. У чију корист? У корист трећег лица, у корист општих интереса, у корист друштва. А то баш, само у много ширем обиму, хоће колективизам”.

Дигијева теорија о праву као „социјалној функцији” нарочито је имала утицаја на третирање теорије злоупотребе права као израза „солидарности и колективизма”, тако да је она у социјалистичким правним порецима дошла до изражаја у формулацијама да се заштићују само права која се врше у складу са њиховом „социјално-економском наменом”. Против таквог тумачења теорије злоупотребе права као теорије која је у складу са „социјализацијом” и „трансформацијама индивидуали-

стичког правног поретка" писао је у нашем праву још 1925. године др Михаило Константиновић (Забрана злоупотребе права и социјализација права, Архив за правне и друштвене науке, 1925, бр. 3, стр. 182 — 183.): „Теорија злоупотребе права не тражи, дакле, да индивидуа жртвује један део свога права у корист заједнице; она тежи да сваком омогући вршење његовог права. Она не почива на факту друштвене солидарности, већ просто на факту коегзистенције људи и има за циљ да омогући вршење права свију индивидуа. Њени поборници могли су је поставити погрешно и очекивати од ње више него што она може да да, као на пример „да обнови цело право“. У ствари у њој нема ничег новаторског ни револуционарног нити је она производ једне школе. Индивидуалистичком принципу не прети од ње никаква опасност. Субјективна права *ergo prerogative* да се извуку за себе самог извесне користи из неке ствари или неког личног односа, остају неокрњена. Њихов се „круг“ не сужава тиме што се забрањује њихова злоупотреба. Гаранција за њихово мирно искоришћавање само се увећава забраном злоупотребе. Другим речима, забрана злоупотребе права има свој основ у општој потреби, без обзира на принцип законодавства за што већим миром и сигурношћу у свакој друштвеној заједници. Она је колико правно толико морално правило“. То значи да правило о забрани злоупотребе права инспирише не само законодавства заснована на индивидуализму већ и законодавства инспирирана солидаризмом. Ова друга се не могу замислити без забране злоупотребе права.

Идеја о забрани злоупотребе права била је присутна не само у нашој теорији већ и у нашем предратном законодавству. Оно је било прихваћено у нашем предратном законодавству, не зато што је то била једна нова етапа у еволуцији правне свести у немачком или француском праву, већ зато што је у свести нашег народа постојало морално правило по коме се право непоштено врши ако је његово вршење антисоцијално, тј. ако се злоупотребљава.

Иако неоправдано слава за санкционисање теорије злоупотребе права припада Немачком грађанском законнику, треба истаћи да је код нас Имовински законик за Црну Гору од 1888, чији је творац био Валтазар Богишић, још пре Немачког грађанског законика формулисао правило о забрани злоупотребе права у чл. 1000: „Ни својим се правом служит' не мо'ш, тек другоме на штету ил досаду“, а то је готово истоветно са формулацијом § 226. НГЗ. Сем тога у овом истом Законнику постоји још једна одредба чл. 943: „Ко ког ради или врши оно што је властан радити, он никога не вређа, па је без одговора баш и онда, кад би од тога коме другоме и какве штете било. Ипак он треба да вршећи своје право, не пређе границе своје власти, нити учини што противно правилима благонравља (морала) или поштења“. Тако је по Имовинском законнику за Црну Гору било забрањено вршење права које је противно „моралу“ и „поштењу“, а такву одредбу као допуњу § 226 садржи и Немачки грађански законик у § 826. Постоји у том законнику још једна врло интересантна одредба чл. 1014 која допуњује слику о забрани злоупотребе права: „Ни у праву своме не терај мак на конач“.

У предратној доктрини вођен је спор о томе да ли Српски грађански законик од 1844. признаје теорију злоупотребе права или не, с обзиром на формулацију § 806: „Ко би другоме с тим што би право својине уживао само ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговорати, нити му надокнадити”. Неки аутори су сматрали да је то потпуна копија римског правила: „*qui suo iure utitur neminem laedit*”. „Нико не може, каже Живојин Перић, располагати онима што није његово, или што исто значи, ми можемо располагати само са оним што је наше (§ 27 и 28. Српског грађанског законика). Право бар приватно је онај круг, у коме је воља дотичног појиденца суверена... Та апсолутност наше власти у погледу добара, која имамо иде дотле да ми можемо не само од свог права видети корист онако и на онај начин, како се нама допада, већ нам је слободно својим правом и некористити се. Неупотреба једног права и то је једна врста употребе, као што је атеизам, неверовање, такође једна вера... И ову апсолутну употребу од свог права може титулар вршити једино с огледом на своје властите интересе. Другим речима, вршећи своје право он нема да води рачуна о туђим интересима. Сасвим је равнодушна ствар, да ли ће он оваквом или онаквом употребом свoga права, оштетити нечије интересе. Ми имамо да се бринемо за своје а не за туђе интересе. Што ми не смемо, то је да повредимо туђе право, повреда која је немогућа све дотле док се ми ограничавамо на вршење само свог права... Морамo приметити да је ова апсолутна власт, која је у нашем приватном праву неокрњена, добила једно врло важно и интересантно ограничење у Немачком грађанском законикy”. (Живојин Перић, О обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и куповини, Београд, 1909, стр. 15 — 16).

Било је аутора који су сматрали да је злоупотреба права била забрањена и по СГЗ. То схватање је најбоље формулисао др Нинко Перић (Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Дис., Београд, 1912, стр. 132 — 134). Он је тај закључак покушао да изведе из духа Српског грађанског законика, али и на основу текста § 806. Полазећи од текста у коме се каже „ко би другоме с тим што право своје уживао, само ако границе не прекорачи, штету какву нанео...”, речи „само ако границе не прекорачи” значи да вршење права може прећи извесну меру нормалне примене (*exagérer*), а те се границе не смеју прећи. „Право је наше онај круг у коме смо ми слободни кретати се. Он као такав има своју границу, своју периферију. Кад узмемо тај круг пре забране злоупотребе права, онда да је закон хтео рећи да је свако вршење права слободно док се човек креће у том кругу и не пређе његове границе, онда он не би могао гласити овако: „Ко другоме с тим што би право своје уживао, само ако границе не прекорачи...” јер би изгледало као да се може вршити право и кад се границе пређу. Ко пређе границе тога круга, тај не врши своје право, јер он врши само право док је у кругу својих власти. Да је дакле закон мислио да санкционише свако вршење права, па и оно које само циља да другога штети, онда би § 806 био потпуно логичан, само без оног додатка „само ако границе не прекорачи”, са

овим додатком, а да изведе ту мисао, он би био потпуно нелогичан, јер нико не може вршити своје право и кад границе прекорачи. Тако је дакле § 806 СГЗ заштитио вршење права, ако он штети другога, али само док се оно врши на један нормалан начин..., али, не и ако се пређу границе његове нормалне примене, а то је један критеријум злоупотребе мало шири истина од критеријума немачког законодавца, али га свакако обухвата у себи. То је критеријум отприлике приближан Швајцарском грађанском законуку”.

Без обзира на вештину ове интерпретације чини нам се да је социјалној и духовној клими либерализма, када је донет Српски грађански законик, више одговарао принцип о апсолутној слободи у вршењу субјективних права, без обзира на штетне последице које би за другога отуда могле произаћи.

У новелираном тексту § 1295 Аустријског грађанског законика, који је важио на територији Југославије у неким подручјима до 6. априла 1941. године (Словенија, Далмација) било је предвиђено: „Исто тако и онај је обавезан дати накнаду, који наноси штету другоме, на начин који вређа добре обичаје”.

У бившој Краљевини Југославији били су учињени покушаји да се унифицира грађанско право и 1934. направљен је Преднацрт грађанског законика (међутим он никада није постао закон). У § 9. овог Преднацрта који говори о вршењу права, унета је и забрана вршења злоупотребе права, под утицајем нових теорија: „Свако треба да врши своја права и испуњава своје дужности тако како захтева поверење и поштење. С тога, нарочито није допуштено вршити своје право једино у циљу, да се другоме коме нанесе штета”.

Не само да се могу злоупотребити апсолутна права која се врше фактичким понашањем, већ и облигациона права чије се вршење састоји у судском и вансудском остварењу. Свако остварење облигационог права оптерећује дужника. Ово оптерећење се оправдава начелном доделом права. У субјективном праву лежи дозвола за повреду туђих интереса и према томе његово вршење, уколико се не злоупотребљава, не представља неправу. Морају да се стекну одређене околности, које вршење права чине недопуштеним: то вршење мора објективно да противуречи циљу права или савесности и поштењу. Ако при вршењу облигационог права странка остварује субјективно право у супротности са начелом савесности и поштења, она злоупотребљава своје право. Опште узансе за промет робом од 1954., које је донела Главна државна арбитража, предвиђају у узанси 3: „Поштење и савесност је основно начело кога се странке морају придржавати у пословима промета робом. — Странке се не могу позивати на неку од ових узанса, ако би њена примена у датом случају произвела последице противне том начелу.”

Морају постојати узајамни обзири између странака и обострано поверење а супротност привидног и стварно постојећег права суд уклања на основу узансе 3. увлачећи у живот правних правила разлоге моралног карактера. „Вршење права противно начелу поштења и савесности (добре вјере) није вршење „права”, већ представља злоупотребу. Садржај тог појма не треба тражити у схваћању странака већ у схваћању послов-

них кругова, које је такође подвргнуто друштвеном схваћању тога правила. Зато то правило треба узети као меродавно повезано с опћим интересом. Опћи интерес а не појединачни, нити интерес пословних кругова, може довести до тога да се вјеровнику одрекне неко право" (Др Александар Голдштајн, Привредно уговорно право, Загреб, 1967, стр. 65).

Опште узансе проглашавају поштење и савесност основним начелом кога се странке морају придржавати у пословима промета робом. Обавеза да се следи правило савесности и поштења и забрана злоупотребе права представља битне делове материјалног права. Судија мора да примени начело савесности и поштења по службеној дужности у сваком стадијуму процеса. Није потребно да се странка на њега позове. Начело савесности и поштења судији пружа оружје да одлучује по највишим моралним принципима, тако да оно добија најистакнутије место међу другим принципима у нашем правном поретку, преузимајући чак садржај неких од њих и у својој коначној примени се изједначава са правдом и правичношћу. Санкција за кршење тог начела јесте да се странке не могу позивати „на неку од ових узанси“, ако би њихова примена у датом случају била противна том начелу. Не даје се правна заштита странци која се позива на неку од узанси ако би њена примена имала за последицу злоупотребу субјективног права.

Примена правила о савесности и поштењу претпоставља да се странке већ налазе у одређеном правном односу на коме се заснива однос поверења.

Начело савесности и поштења и забрана злоупотребе права представљају једну исту идеју, с тим што је забрана злоупотребе права флагрантна повреда начела савесности и поштења, која је формулисана у форми једне забране.

Интересантно је истаћи да се новија судска пракса код нас определила за објективну теорију злоупотребе права, у коме правцу је био формулисан и чл. 1000 Имовинског законика за Црну Гору од 1888. године. Право није злоупотребљено само ако његов титулар дела у намери да другога оштети. Шта је његова намера то се суда не тиче, главно је да се право врши ненормално, без икаквог законитог интереса, антисоцијално и штетно за другога. У образложењу једне своје пресуде Врховни суд Хрватске (пресуда Врховног суда Хрватске Рев. 149/66 од 22. 12. 1966. објављена у „Збирци судских одлука“, Београд, књ. XI, св. 3, 1966, стр. 63) каже: „Ранији правни системи сматрали су да одређени субјект може неограничено вршити своје право, чак и у случајевима ако тиме некоме наноси штету, односно сматрало се да онај који врши своје право никоме и не наноси штету.

Међутим, у току правног развитка све се више увиђа да се субјективна права морају ограничавати, а за појам злоупотребе права довољно је да постоји неправилно вршење свог права, вршење противно његовом циљу, макар и без намере да се другоме штети вршењем свог права. Нашем правном систему свакако одговара установа забаране злоупотребе права”.

По овом схватању није важно на шта титулар права циља већ да ли је његово вршење права антисоцијално, нормално, морално и да ли се врши из законитих интереса, пошто се никад не може констатовати да заиста титулар једног права нема при вршењу свог права баш никакав други циљ не једино да другог оштети.

С обзиром да је утврђивање да ли постоји намера или не да се другоме нашкоди при вршењу свог права готово немогуће, пошто је тешко констатовати тај психолошки елеменат била би „узалудна и теорија злоупотребе права сведена на тај критеријум.“ (Др Драгољуб Аранђеловић, О одговорности за накнаду штете, Београд, 1907, стр. 19).

Грађанска субјективна права нису циљ сама себи. Свако субјективно право служи одређеном циљу признатом у закону и оно обезбеђује заштиту и задовољење одређених интереса свога титулара. Врло често се код признања једног субјективног права одређује у норми и тачна његова намена, тако да је свако одступање титулара права од ове намене санкционисано. То је случај, на пример, у нашем праву са правом приватне својине на земљи. Вршење или не вршење овог права задира не само у интересе приватног власника већ и у интересе друштва, јер је земља „опште добро“. Зато је законодавац тачно прописао на који начин мора да врши то своје право власник земљишта и какве су санкције ако се не удовољи тим обавезама. У оваквим случајевима проблем злоупотребе права се не поставља, довољно је само правилно применити норму, њен *ratio iuris*. Ако се оваква права у којима је циљ тачно одређен у самој норми правилно примењен потреба за посебним прописом о забрани злоупотребе права се знатно смањује. Можда је и то један од разлога што овај институт није тако често коришћен у нашој судској пракси.

3. Забрана злоупотребе права према чл. 13. Закона о облигационим односима и Нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима

Чл. 4. Нацрт закона о праву својине и другим стварним правима на непокретности СР Србије спада у оне прописе који пружају позитиван основ за ограничење у вршењу права својине, службености и заложног права, забрањујући неограничено вршење ових права. Ова генерална клаузула, нарочито у ст. 2. чл. 4. Нацрта полази од става да је недозвољено вршење права својине, службености и заложног права „противно циљу због којих су законом установљена или призната или да се њиховим вршењем повреди принципи морала социјалистичког самоуправно друштва..“

У првом делу, ова формулација из ст. 2. чл. 4. Нацрта закона о својини на непокретностима је идентична са формулацијом ст. 1. чл. 13. Закона о облигационим односима, јер усваја начело да се при вршењу сваког субјективног права то вршење мора кретати у оквиру циља, сврхе које је правни поредак поставио за одређену институцију. Код сваког правног института (својине, уговора или другог института) овлашћења која из њега произилазе имају одређене задатке које им поста-

вља правни поредак и по којима морају да се разреше могући типични конфликти у његовој практичној примени уз остварење одређеног друштвеног циља. У вршењу права својине, то вршење је допуштено само уколико се титулар права креће у оквиру тих „социјално“ допуштених циљева. То нипошто не значи да су недопуштене у вршењу права својине субјективне мотивације и стремљења титулара права својине, али не све, већ спровођење само оних мотивација које су у складу са суштинском институције и циљева које закон допушта и признаје, па је ствар конкретних околности под којима се право врши да ли је једно вршење права допуштено или не. Уколико суд у свом испитивању конкретног вршења права својине пронађе, да се право врши супротно „смислу“ и „циљу“ института права својине, ради се о институционално погрешној употреби права које не ужива правну заштиту.

Добро је што је наш законодавац у формулисању граница за вршење права својине није пошао од преуске традиционалне формуле о забрани злоупотребе права, по којој постоји злоупотреба само када се право врши са циљем да се другом нанесе штета. То такозвано „шиканозно вршење права“, као најфлагрантнији облик злоупотребе у пракси врло ретко настаје, па је с разлогом у многим правима та формула проширена и на оне случајеве недозвољеног вршења права, када оно вреба начело савесности и поштења и моралне принципе (добре обичаје) одређеног друштва. И наш законодавац поред захтева да се право не сме вршити противно циљу због кога је законом установљено и признато, одређује још једну границу која покрива већу област забрањеног вршења права, а то су „принципи морала социјалистичког самоуправног друштва“, тако да је право својине злоупотребљено не само кад изневерава циљеве због којих га је законодавац признао, већ и кад његово вршење вреба моралне принципе нашег друштва. Тиме је аналогно облигационим правима, код којих је граница за вршење права „начело савесности и поштења“ (чл. 12. Закона о облигационим односима), забрана злоупотребе (чл. 13. ЗОО), уставна начела, принудни прописи и морал социјалистичког самоуправног друштва (чл. 10. ЗОО), створио адекватну формулу која у себи обухвата и класичан случај „шканозног“ (са злом намером) вршења права али и вршења права без оправданог интереса за његовог титулара, вршење права противно духу, циљу институције, противно социјалној функцији права због кога је признато или установљено. Дакле, наш законодавац полази код оцене да ли у конкретном случају постоји злоупотреба права својине и других стварних права и од субјективних и објективних критеријума. Ствар је сада судске праксе да ову генералну клаузулу преточи у типичне случајеве злоупотребе права, при чему има једну широку формулу, са етичким садржајем који ће се непрекидно мењати, дајући суду могућност да у зависности од схватања нашег социјалистичког самоуправног друштва, непрекидно одређује границе за садржину права својине и других стварноправних института.

Из суштине и задатака које има правни поредак у нас произилази начело да је садржај сваког права одређен његовом правноетичком и социјалном функцијом и да свако субјективно право има своје иманентне границе, тако да је свако вршење права противно његовом циљу и

функцији фактички злоупотреба права и поступање ван оквира права. Међутим, забрана злоупотребе права не представља никакво револуционарно правило које је карактеристично за социјалистички правни поредак. Оно само значи да неко не сме вршити своја права на штету других и сваки титулар колико је изгубио, јер је ограничен у вршењу свог права, истовремено је и добио, пошто су и други на исти начин ограничени у вршењу својих права. Ово правило почива на „факту коегзистенције људи и има за циљ да омогући вршење права свију индивидуа“, оно има „свој основ у општој потреби (без обзира на принцип законодавства) за што већим миром и си гурношћу у свакој друштвеној заједници“. (Др Михаило Константиновић, оп. цит. стр. 183.).

На крају можемо констатовати да је у нашем праву свако вршење субјективних права недозвољено, ако се њим вређа социјалистички морал нашег друштва и та оцена се мора вршити у сваком конкретном случају од стране суда. Једна иста радња у једном случају може да представља нормално вршење права, а у другом недозвољеном вршење права. Случајеви који су споља формално покривени садржајем права, тек у конкретном спору постају видљиви као акти злоупотребе права. О овој еластичности садржине појединих субјективних права суд мора да води рачуна, уколико не жели да форма не преовладава суштину права и да формализам у праву не тријумфује над правичношћу. А то се никако не сме дозволити у једном социјалистичком правном поретку, који настоје да се ослободи свих сувишних формализама и шаблона, у коме је социјалистичка законитост врховно начело поретка и његова квинтесенција.

др Драгољуб Стојановић