

ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА И СОЦИЈАЛИЗАЦИЈА ПРАВА

I

Ослањајући се на извесне текстове Јустинијанове компилације¹⁾, већина доктрина грађанског права од увек сматра, да никад штета проузрокована вршењем неког права не излаже одговорности његовог титулара. Међутим ти римски текстови немају значење које им је доктрина дала. Римски правници били су далеко од тога, да у сваком случају ослободе одговорности оног који, вршећи неко своје право, нанесе другоме штету.²⁾ Сва историја римског права је ту да посведочи противно. Ми ћемо покушати да то докажемо у једној идућој студији. Али је за нас сада то споредна ствар. Ма какво било мишљење о томе, колико има римске мисли у доктрини одговорности, која је, скоро неоспорна, владала од Ренесанса римског права па до наших дана, главно је да та доктрина учи, да се не одговара другом за штету проузроковану му вршењем неког свог права. *Nemo damnum facit, neminem laedit qui suo iure utitur.* Овај је принцип ушао после рецепције римског права и у обичајно право. Ево какав му израз даје Француски *Coutume de Bretagne*: „Nul n'attente qui n'use que de son droit.” Неки модерни законици такође су га прокламовали. Тако је § 1305 Аустријског Грађанског Законика, пре новеле III (19 марта 1916 године), гласно: „Ко чини употребу од свога права у законским границама, не одговара за штету, која би отуда за другога настала,” а § 806 Српског Грађ. Зак.: „Који би другоме с тим, што би право своје уживао, само ако границе не прескочи, штету каву нанео, није дужан одговарати, нити му ту накнади-

1) L. 55 Dig. 50, 17; 1. 151 eod.; 1. 155 § 1. eod и др.

2) Видети нпр. 1. 1 § 12 Dig. 39, 3.

ти".³⁾ У другим земљама доктрина се старала да га, резону-
јући, наметне судској пракси.

Што је овај принцип триумфовао и дуго се задржао у мо-
дерној доктрини, има се, поред његовог лажног римског порекла,
захвалити успеху основних идеја Француске Револуције. По-
знато је да је Револуција ишла за тим да ослободи човека од
тutorства Државе и Цркве. Зато она, после Гроциуса, Пу-
фендорфа, Лока, Монтескјеа, Канта и других, прокламује да
је човек циљ по себи. Човек, узет апстрактно и у опште, има
као такав прерогативе које су старије и више од људских зако-
на.⁴⁾ Међу те прерогативе долази неповредност личности,
слобода у својим разним манифестацијама и својина, која је
само једна директна последица индивидуалне слободе.⁵⁾ По-
зитивно право има један једини циљ: осигурати човеку ове
прерогативе, које произилазе из легитимних потреба и тежњи
његовог бића, другим речима, из његовог циља.⁶⁾ Држава,
та колективна сила, има да штити слободно развијање свачијих
моћи и да се стара да нико не узурпира туђе право.⁷⁾ Њена се
улога своди на то, да свакоме човеку осигура безбедност у вр-
шењу његове активности.⁸⁾ „Што се тиче лица којима држава
гарантује ту сигурност, она могу чинити од своје својине (или
боље рећи од своје активности) оно што им је воља.”^{8bis)} Према
томе, нико не може контролисати вршење права. „Ако имам
право, вели Планиол,⁹⁾ да извршим извесну радњу, ја нисам
направио грешку учинивши је; а ако имам право да не учиним
нешто, нисам погрешно уздржавши се. Следствено томе, ма
какву штету да је другом нанело моје делање или моје неделање,
ја не дугујем ником ништа.”. А мало даље¹⁰⁾: „Људи проводе
свој живот носећи штету један другоме; живот друштва
је стална и општа борба; свака делатност, сваки рад је један
случај економске или социјалне конкуренције; сваки човек,

³⁾ Видети, међутим, г. Чед. Марковића, Поштење и морал у
праву, у Архиву књ. V (XXII) 1922, стр. 254 и г. Н. Перић, Теорија
злоупотребе права (Београд, 1912) стр. 133 и 134, по којима овај текст
има сасвим супротан омицао од онога који излази на први поглед.

⁴⁾ Beudant, Le droit individuel et l'État, (Paris, 1920) № 86, p.
137. В. и његов Cours de droit civil français, Introduction, (Paris, 1896),
№ 12, pp. 16. и 17.

⁵⁾ Beudant, Le droit individuel, № 91, p. 146.

⁶⁾ Beudant, op. cit., № 57, p. 90, и № 13, p. 22.

⁷⁾ Beudant, op. cit., № 91., p. 146.

⁸⁾ Beudant, op. cit., № 158, p. 263.

^{8bis)} Yves Guyot, La propriété, p. 250.

⁹⁾ Planiol, Traité élémentaire de droit civil (Paris, 1921) II, №
870, p. 280.

¹⁰⁾ № 871, p. 282.

сваки народ, који стекне неку надмоћност у извесној грани своје активности, узима место осталих, потискује своје конкуренте, наноси им штету, и има право да их штети.¹¹⁾ Такав је закон природе и човечанство нема интереса да му се не покорава, јер он је једини покретач његове енергије. Очигледно је немогуће натерати онога који триумфује на штету других, да накнади штету својим несрећним конкурентима.”

Дакле, једино питање које се може поставити у случају тражења накнаде причињене штете, јесте, да ли је штетник¹²⁾ проузроковао штету вршећи неко своје право, или ју је причинио делајући без икаквог права. У првом случају сваки даљи разговор престаје: не може бити речи о одговорности онога који нанесе штету вршећи своје право, па макар и да га је вршио једино у том циљу. У другом случају има места одговорности због бесправног делања. Према томе, у теорији одговорности за накнаду штете треба разликовати свега две категорије поступака: поступци учињени на основу неког права, *правно*, и поступци учињени без икаквог права, *бесправно*. Места за неку трећу категорију нема.

Али, као што смо у почетку напоменули, у компилацији има и других прописа о вршењу права. Они се, до душе, не налазе у фамозном титулусу *De diversis regulis juris antiqui*, где су, у форми кратких правних максима, смештени текстови који су служили за основ предње теорије. Они су раштркани по разним другим титулусима осталих књига. Један од најважнијих, и који је због своје оштре противности горњем принципу пао одавна у очи, јесте 1. 38 Dig. 6,1. У њему Целсус, пошто је размотрио разне случајеве који се могу десити, при ликвидацији односа између савесног купца туђег имања и правог сопственика због конструкција које је купац подигао на том имању, поставља принцип, да не треба имати обзира према пакости (*neque malitiis indulgendum est*), и забрањује купцу да оштруже боје и слике, које је дао насликати по зидовима, јер тиме само смета другом а себи не користи (*nihil laturus, nisi ut officias*). — На другом једном месту (l. 1 § 12 Dig. 39,3), Марцелус даје *actio de dolo* против онога који је копајући на свом имању *animo visco posendi* пресекао жицу суседовог извора.

Противност је очигледна, у пркос тврђењу Јустинијановом да су све противности изглабене. Велика неприлика за старе цивилисте, који се старају да умање значај ових текстова и

¹¹⁾ Курзив је Планиол-ов.

¹²⁾ Видети чл. 923 Имовинског Законика за Краљевину Црну Гору, који употребљава овај израз за учиниоца штете, и Драг. Аранђељевић, Аустр. Грађ. Зак. § 1295.

других сличних.¹³⁾ Међутим прави правници не задовољавају се да прикрију тешкоћу и да је тако избегну. Они се старају да реше ову противуречност, коју им, поред многих других, пружа *ratio scripta*. Зато они не усвајају просто правило *Neminem laedit* као већина, већ га комбинују са овим другим правилом: *Malitiis non est indulgendum*, и тако постављају правила о вршењу права. Ево шта у том смислу пише Дома¹⁴⁾, један од највећих старих правника¹⁵⁾: „Онај који се, правећи нешто ново на свом имању, служи својим правом не вређајући ни закон, ни обичај, ни основ, ни државину који би му могли наметнути обавезу према суседима, не одговара за штету коју би због тога они могли имати; мањ' ако он то прави једино у намери да нанесе штету другима, без користи за себе. Јер, у том случају то би била злоба коју правичност не би могла поднети.”¹⁶⁾

Дакле, Дома је нашао да има места примени оба правила, и да их зато треба везати: *Neminem laedit qui suo jure utitur*, али *malitiis non est indulgendum*. Из њихове спреге изилазило би, да се у принципу не одговара за штету проузроковану вршењем неког права. Али само у принципу, а не у опште, како је било

¹³⁾ И модерни писци, присталице правила *Neminem laedit*, не помињу ове текстове кад аргументирају римским правом. Код Планиол-а, *op. cit.*, № 870—872 bis, р. 280—285, од њих нема ни трага, док су текстови, који изгледају склони правилу *Neminem laedit*, савесно наведени.

¹⁴⁾ Domat, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv. III, tit. VIII, sect. 3, § 9.

¹⁵⁾ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil* (4e éd. Paris, 1924 15 p. 29, n. 1: „D' après ses contemporains (Domat) fut „le restaurateur de la raison, dans la jurisprudence.”

¹⁶⁾ „Celui qui faisait une nouvelle oeuvre dans son héritage use de son droit sans blesser ni loi, ni usage, ni titre, ni possession qui pourraient l'assujettir envers ses voisins, n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver; si ce n'est qu'il ne fût ce changement pour nuire aux autres sans usage pour soi. Car en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait pas”. — В. такође Domat, *op. cit.*, Liv. II, tit. VIII, sect. 2, Pr.: „L'ordre qui lie les hommes en société ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui ce soit, mais il oblige chacun à tenir ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal ni dommage.” — Видети још раније Guy Coquille, *Coutume de Nivernais*, Ch. X, art. 1er. — Pothier, *Traité du contrat de société*, № 212 (*Oeuvres*, Paris, 1781, II, p. 912), објашњавајући чл. 195 Париског Обичаја (*Coutume de Paris*), по коме је сваки сусед имао право да о свом трошку повиси заједнички зид, додаје: „Cela dépend néanmoins des circonstances; car si l'élévation du mur, et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine, étaient si grandes qu'elles rendissent cette maison inhabitable, surtout s'il y avait lieu de croire que cette élévation se faisait animo nocendi, il pourrait avoir lieu à réduire cette élévation”. Видети и *op. cit.* Nis 235, 236, 245 sq.

владајуће мишљење. Од тог принципа постоји изузетак у случају штете проузроковане вршењем неког права у намери да се другом нашкоди, без икакве користи за себе.¹⁷⁾

Ова се доктрина налази и у неким старим судским пресудама.¹⁸⁾

Доцније, ближе нашег доба, она је ушла и у неке законике. Тако Имовински Законик за Краљевину Црну Гору у свом чл 943 вели: „Ко год ради или врши што је властан радити, он никога не врљеба, 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 пријебе границе своје области, нити учини што противно правилима благонравља (1000) или поштења.” Чл. 1000, на који упућује претходни текст гласи: „Ни својим се правом служит не мож’, тек другоме на штету ил’ досаду.”¹⁹⁾ Ови законски прописи очигледно изражавају доктрину чији је присталица био и Дома,²⁰⁾ покушавајући да

¹⁷⁾ Напоменимо још једанпут, да се нас у овој студији не тиче, колико је, са тачке гледишта римских класика, тачна ова теорија. Нас интересује само, и једино, доктрине грађанског права, о штети проузрокованој триликом вршења неког права. На њихово изигравање, као и на многе друге теорије грађанског права, римско право, често пута врло нетачно схваћено, имало је пресудни утицај. Оно је до скоро за правнике било извор аргумената за поткрепљење њихових схватања питања модерног права. — Узгред буди речено, нама изгледа, да ни овако ограничен принцип *Neminem laedit* не садржи мисао класичних мајстора.

¹⁸⁾ Pothier, *loc. cit.*, помиње неку пресуду од 1659, не дајући њену садржину нити каквих других детаља. — Е.-Н. Perreau, *Revue générale du Droit de Legislation et de Jurisprudence*, t. XXXVII, p. 488, даје између осталих и овај пример (узет из Boniface, *Arrêts de Provence*, t. III, liv. II, tit. I, ch. II): „Le Parlement d’Aix осудио је 1 фебруара 1577 liv. II, tit. I, ch. II): „Le Parlement d’Aix осудио је 1 фебруара 1577 једног чешљара вуне и његове раднике, који су нарочито певали из свег гласа ноћу, да би узнемирили у раду једног адвоката, који је становао у суседству.” — Видети и код Merlin-a (*Répertoire de jurisprudence*, V^o Puissance paternelle, Sect. III, § 1, 1^o) случајеве у којима је стара судска пракса у Француској кажњавала злоупотребу очинске власти. — Г. Чед. Марковић (Архив, књ. V (XXII), 1922, стр. 247, прим. 89) наводи један врло интересантан случај из владе Фридриха II.

¹⁹⁾ Дакле, противноје благонрављу вршити своје право с намером да се другоме нанесе штета. Видети у идућој примедби у колико је услед тога ограничено дејство члана 1000-ог, и у прим. 21 колику је важност он уопште имао, због наслова раздела у коме се налази.

²⁰⁾ Француски превод Имовинског Законика (*Le Code Général des Biens pour la Principauté de Monténégro de 1888*, Trad. Rodolphe Darest, Membre de l’Institut, et Albert Rivière, Paris 1892) није на овом месту дослован. Друга половина чл. 943 у њему гласи: „Il est tenu néanmoins, dans l’exercice de son droit, de ne pas en dépasser les limites et de ne rien faire par méchanceté ou à mauvaise intention.” У тој форми он је много ближи и са спољне стране, што се самих речи тиче, доктрини забране злоупотребе права како ју је изложио Дома. Није без интереса за

измири супротне аргументе из Дигеста. У осталом то је лако објашњиво: Писац Имов. Зак. био је запојен доктринама римског права, чији се утицај на Имовински Закон, поред све његове дубоке оригиналности, опажа на више од једног места.²¹⁾

Њу су били усвојили и неки старији законици, као што су Грађански Законик Западне Галиције²²⁾ и Пруски Грађански

разумевање овог члана 943 и начина на који га је Божишић схватио, напоменути да је Божишић учествовао у преводу Имов. Зак. на француски. (Видети Dareste et Rivière, *op. cit.*, р. XLIV). Према томе, француски превод одговара његовој мисли. И ако ужи у обиму, пошто је све оно што је урађено „*par méchanceté ou à mauvaise intention*” противно „правилима благонравља и поштења”, док све оно што је урађено противно тим правилима не мора да буде урађено „*par méchanceté*,” француски превод је енергичнији него српски текст. Јер, он забрањује злоупотребу права, његову пакосну употребу („*Il est tenu de ne rien faire par méchanceté*...”), док српски текст каже, да онај који врши своје право не треба „да учини што противно правилима благонравља и поштења.” А правила благонравља и поштења нису увек санкционисана влашћу. То нам чл. 785 Имов. Зак. јасно каже: „Правилима благонравља и поштења називљу се, у овом Законику, она правила обичне људкоте и правичности, на поковање којима Власт у опште не може свагда утрово да принуди, али зато народна савјест свагда осуђује оне који та правила престапају.” — Мада сумњамо да су наведени чланови а нарочито чл. 943, претрпели измене у разним издањима Имов. Зак., ипак нам обазривост налаже да приметимо, да је превод на француски извршен са издања од 1888, до кога ми нисмо могли доћи, док су наши наводи из издања од 1913 године.

²¹⁾ Dareste et Rivière, *op. cit.*, р. XXXIII и *passim*. — K. Dickel, *Étude sur le nouveau Code Civil de Monténégro*, Trad. J. Brissaud (Paris, 1891), N° 23, р. 27. — Под утицајем римског права Божишић је саставио последњи раздео Законика („Раздио VIII, Дио Шести”), који има за наслов: „Неке закоњачке (правничке) изреке и поставке које и ако не могу закона ни преиначити ни замијенити, могу му, ипак објаснити разум и смисао” (чл. 987—1031), у коме се налази горе цитирани чл. 1000. И по месту на коме се налази (на крају), и по природи свог садржаја (кратке, лапидарне формуле из разних материја), овај „раздио” потсећа на титулус *De diversis regulis juris antiqui* (Dig 50, 17). Cf. Dareste et Rivière *op. cit.*, р. XXV. — Dickel, *op. cit.*, N° 81, р. 71: „Колико је мени познато, међу модерним законима постоје свега два, који садрже слична правила: Српски Законик има их десетак, а Калифорнијски једно двадесет.”

²²⁾ који је постојао пре данашњег аустриског грађанског законика од 1811.... у томе закону било је од речи до речи ово: „Закон не штити ни злону ни пакосно оштећење другог” (§ 255) и тај је пропис био одмах иза једнога, који је постављао правило да: ко врши своје право не одговара за штету другоме нанету, и дошао је као ограничење овога начела” Н. Перић, *op. cit.*, стр 66-67, где се налази и ова референција: J. Winiwartet, *Das österreichische bürgerliche Recht* (Wien, 1832), св. II, ср. 109.

Законик.²³⁾ Оба она, као и Имовински Законик садрже мисли противних римских текстова, са значењима које им је дала доктрина, чији је присталица био Дома: нико не може бити учињен одговорним за штету коју је проузроковао вршењем свога права, изузев случаја кад се употребом права нарочито ишло на оштећење другог.

Што је најинтересантније, то је, да ни творцима Француске Револуције, ватреним поборницима индивидуализма, њена основна мисао није била страна. Када се је било почело са саставом Декларације, којом су требала да се прокламују природна и неповредима „Права Човека и Грађанина“, многи су се бојали, да прости људи не закључе одатле, да имају неограничена права. Ево шта је у том смислу рекао Малуе:

„Добро се треба опоменути да нема ни једног природног права које није модификовано позитивним правом. Сад, ако изложите принципе и изузетак, ви стварате закон; ако не укажете ни никакво ограничење, зашто износити људима права у свој њиховој потпуности, кад они не треба да се служе њима без правичних ограничења?... Зашто их прво носите на један висок брег и показујете им једно царство без граница, кад они морају одатле сићи, да би се на сваком кораку спотицали на оградe.“²⁴⁾ Те су умесне примедбе нашле места и у самој Декларацији, чији чл. 4 гласи: „Слобода се састоји у томе да се може чинити све што не шкоди другоме.“ Овај текст тако растегљив и у својој суштини са свим противним закључцима модерних индивидуалиста, да би се могло рећи да он нема право да се назове индивидуалистички и ако припада индивидуалистичкој Декларацији.²⁵⁾ За њега би се могло рећи оно што је Е. Леви рекао за фамозни § 1382 Француског Грађанског Законика:²⁶⁾ „Он поставља један тако широк принцип правичности, да би свака активност била парализована његовом дословном применом.“ У сваком случају, из њега се као минимум мора извући да је свака злоупотреба права забрањена, дакле, не само злоупотреба у облику вршења права са намером да се други штети, већ и злоупотреба у облику ненормалног вршења права. На

²³⁾ „Нико не одговара за накнаду штете коју нанесе другоме вршењем свога права својине, изузев ако јасно из околности излази, да је онај, који је вршио своје право, изабрао између више начина вршења права онај начин који је за другог штетан, у намери да му нанесе штету“ § 27. Cf. Н. Периф loc. cit.

²⁴⁾ Archives parlementaires, 1-re série, t. 8, p. 323 (Наведено код Beudant-a, Le droit individuel et l'Etat, № 89, p. 141.

²⁵⁾ Поредити оно што каже Planiol наведен supra изнад прим. 11.

²⁶⁾ Е. Lévy, L'exercice du droit collectif у Revue trimestrielle de droit civil, 1903, p. 95.

тај је начин стара доктрина, чији је присталица био и Дома, знатно проширена, благодарећи томе што Декларација није црпела своје аргументе из Јустинијанове компилације.²⁷⁾

Ова идеја о општој забрани злоупотребе права није могла остати без утицаја на доцније француско законодавство. Према истраживањима проф. Перо-а, из припремних радова Француског Грађанског Законика, Законика у коме је прво триумфовао индивидуализам, излази без могуће сумње, да су његови аутори били сагласни у томе, да је забрањена злоупотреба права у свим њеним облицима.²⁸⁾ Следствено томе, француска судска пракса, која најенергичније сузбија злоупотребу права у свима њеним видовима, потпуно је у духу Code Civil-а.²⁹⁾

II

Забрана злоупотребе права у духу Декларације Права Човека и Грађанина и Француског Грађанског Законика изгледа, збиља, немогуће, пошто су нас ауторитети као Планиол³⁰⁾ и Бодри-Лакантинри и Бард³¹⁾ научили да у тој забрани видимо неку нову теорију, произишлу из модерне тенденције ка социјализацији права, и која се ни мало не слаже са духом законодавства основаног на индивидуалистичком принципу. Ми смо, међутим, видели да забрана није тако нова. Тако то прво тврђење противника забране злоупотребе права отпада. Што се тиче њеног тобожњег неслагања са индивидуалистичким принципом, и то погрешно тврђење је објашњиво. Ми смо навикли да индивидуализам гледамо и схватамо, не кроз његове творце, претходнике и људе Француске Револуције, већ кроз њихове следбенике и ученике. А позната је чињеница, да ученици претерују и тешко деформишу мисао учитеља. Тако се, благодарећи модерним индивидуалистима у праву, поред

²⁷⁾ Та тако проширена доктрина, као што ћемо покушати да докажемо доцније, владала је и у класичном римском праву, које није познавало правило *Neminem laedit*.

²⁸⁾ E. H. Perreau, *Revue générale du droit etc.*, XXXIX, p.492 sqq, где су наведена врло интересантна места из дискусија пројекта Code Civil-а у разним телима, кроз која је он прошао.

²⁹⁾ Видети у лепој књизи E. — H. Perreau-a, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, T. II, pp. 180—232, анализу француске судске праксе о забрани злоупотребе права, поткрепљену великим бројем пресуда разних судова о разноврсним предметима.

³⁰⁾ Planiol, *op. cit.*, II N^o 871, p. 280.

³¹⁾ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des Obligations*, T. IV, N^o 2855, p. 537. (Издато као свеска XV великог трактата: Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit Civil*, (Paris, 1908).

заблуде о скорашњем пореклу ове теорије, створила заблуда, да се индивидуализам и забрана злоупотребе права искључују.

Не мања заблуда постоји и код већине модерних присталица ове теорије.³²⁾ Они сматрају да у теорији злоупотребе права преовлађује социјални момент. Зато су они и окренули своје напоре за спровођењем забране злоупотребе права у правцу рушења индивидуалистичке доктрине. Индивидуализму се и тако на супрот солидаризам, а независности и аутономији индивидуа, њихова међусобна зависност у сваком погледу. Одатле се закључило, да се при вршењу права мора водити рачуна и о интересима осталих чланова друштва.

Ово држање, ма колико да је данас добро са гледишта законодавне политике, није било потребно узимати ради одбране теорије злоупотребе права. Оно значи тежњу за променом законодавства, за трансформацијом права од индивидуалистичког ка социјалном. Према томе последице усвајања овог гледишта превазилазе много резултат до кога се долази забраном злоупотребе права. Овај је много скромнији и састоји се у простом омогућењу мирног живота у свакој заједници, без обзира на принцип њеног законодавства. Затим, узимајући позицију за солидаризам а против индивидуализма, имплицитно се признаје да не може бити речи о забрани злоупотребе права у правном поретку основаном на индивидуалистичком схватању. А то је нетачно. Јер, у чему се састоји управо забрана злоупотребе права?

Забрана злоупотребе права значи једну врло просту ствар Одговара за накнаду штете сваки онај који је вршио своје право једино из пакости према оштећеном, у намери да му проузрокује штету, и, у опште, сваки онај који је употребљавао своје право без икакве зле намере, али на ненормалан начин, и услед тога, проузроковао другоме штету, онемогућивши му да на нормалан начин употреби своје право. Она је дакле шира него што то излази из старе доктрине, коју је бранио Дома, и коју је усвојио Црногорски Имовински Законик, а која је постала у времену кад се грађанско право није још било еманциповало од тјоторства римског права, управо права компилације, већ се кретао у границама његових још критички непроучених аргумената. Према њој, у теорији одговорности не треба разликовати само поступке учињене на основу неког права, и поступке

³²⁾ Видети литературу о злоупотреби права код Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.* p. 538 n. 1. Perreau, *Technique de la jurisprudence*, II, p.180 n-es 1, 2, 3, 4. Н. Перић, *op. cit.*, *passim* Planioi, *op. cit.*, II, N^o 862, pp. 274 и 275 Видети и Д. Аранђеловић, Одговорност за накнаду штете (Београд, 1924) стр 14 sqq.

учињене бесправно, као што то учи владајућа теорија. Између њих има места за једну трећу категорију: поступци учињени на основу неког права, али не на нормалан начин, и у циљу ради кога право постоји, већ на ненормалан начин, или једино у циљу да се другоме нанесе штета.

Та трећа категорија поступка не поклапа се, као што је речено,³³⁾ са категоријом поступка учињених бесправно. Између бесправног делења и злоупотребе права постоји иста разлика као и у административном праву између прелажења граница власти (*excès de pouvoir*) и злоупотребе власти (*détournement de pouvoir*) Постоји прелажење граница власти ако један орган власти уради нешто што није овлашћен да уради, нпр. Министар Правде поништи једну пресуду Првостепеног Суда. Такав ће акт органа бити поништен, зато што он прелази круг његовог овлашћења. Али по некад ће акт једног органа власти моћи бити поништен, и ако он улази у круг овлашћења дотичног органа. То ће бити ако је орган власти „своје атрибуције употребио у другом циљу, а не у оном због кога су му дате³⁴⁾. Орган је изашао из духа своје функције, он је злоупотребио власт, и ако је остао у границама својих атрибуција. Нпр. по чл. 95, тачка 1, „Општински суд... стара се о чистоти у месту и околини”. На основу ове диспозиције у вези са чл. 94. тач. 1 и 2, општински суд сваке вароши може забранити фиакеристима да стационирају на извесном месту, укинати неку колску станицу. Ако је та одлука општинског суда изазвана старањем за чистотом, против ње нема лека. Али ако је општински суд укинуо станицу коњских кола једино у циљу да би направио места неком свом пријатељу, предузимачу транспорта аутомобилским колима, његова ће одлука моћи бити поништена, без обзира на то што стационирање аутомобила не проузрокује никакву нечистоћу. Општински суд у том случају није употребио овлашћење чл. 94 тач. 1 и 2. у циљу ради кога му је дато (одржавање чистоте), већ ради фаворизације појединца.

Иста је разлика у приватном праву између бесправног делања и злоупотребе права. Злоупотребити право не значи делати бесправно. Пример: Постоји бесправно делање кад

³³⁾ Planiol, op. cit., № 871, p. 281: „Au fond, tout le monde est d'accord; suelement là ou les uns disent: „Il a usage abusif d'un droit” les autres disent: „Il y a un acte accompli sans droit.”

³⁴⁾ К. Кумануди, Административно право (Београд, 1921), стр. 93 Видети и Н. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, (Paris, 1916). v 975 sqq и 985, и доцент Јован Стефановић, О Административним Судовима (Београд, 1924), стр. 31 и 32.

један муж тражи поништај једног правног посла, који је учинила његова жена по одобрењу судије за неспорна дела, сходно чл. 146а Правила о поступању у неспорним делима. — Постоји, међутим, злоупотреба права мужевљевог да даје одобрење жени за предузимање правних послова, кад један муж, пошто је мировао дознавши да је његова жена извршила извесни правни посао без његовог одобрења, тек после дужег времена да би шиканирао своју жену, тражи поништај тог правног посла, и ако су његове последице, по хипотези, корисне за жену. У том случају он не дела бесправно; он врши своје право које му дају §§ 109 и 920 Српског Грађ. Зак., али га злоупотребљава. — Други пример: Копајући на свом имању неки сопственик пресече жицу суседног извора. Ако је он вршио копање без икакве зле намере и ради постигнућа неког дозвољеног циља, његова је одговорност искључена. Штета коју отуд сусед трпи слична је штети претрпљеној услед неког случаја више силе. Међутим, ако је тај сопственик копао *animo vicini nocendi*,^{34bis}), он је одвратио своје право од његове намене он га је злоупотребио, и зато ће одговарати. У том случају он ипак није делао бесправно; он је, макар ненормално, вршио само своје право. — Бесправног би делања било тек кад би он прешао на суседово имање и тамо копао. — Слични се примери могу наћи за право тужбе и одбране пред судом,³⁵) за право очинске власти и сва остала права.

Као што се из наведених примера види, теорија злоупотреба права није специфична законодавствима основаним на солидаристичком принципу. У њој нема ничег противног индивидуалистичком правном поретку. Према томе не треба мешати забрану злоупотребе права са тежњом да се право социјализира, трансформира у социјалистичком смислу. Ако промена права у овом последњем духу претпоставља признање принципа забране злоупотребе права, ако се таква промена не може замислити са искључивањем тога принципа, забрана злоупотребе права може се спровести без икакве промене права.

Међутим, ове две ствари аутори, ма којој школи припадали, врло често мешају.^{35bis}) Ми смо већ видели један разлог те конфузије у претераним закључцима следбеника индивидуализма. Други разлог ове конфузије налази се у нетачном схватању једне од две форме у којима се манифестује злоупотреба права.

^{34bis}) Поредите 1, 1 § 12 Dig. 39, 3.

³⁵) Видети Е. — Н. Perreau, *Technique de la jurisprudence*, II, 183.

^{35bis}) В. нпр. Alessandro Levi, *La société et l'ordre juridique* (Paris 1911), p. 339: „Ова теорија, и ако се не може бранити са логичке тачке гледишта, вреди као знак да је нужно извршити ускоро трансформацију неког дела права.”

Злоупотреба права се јавља или у форми вршења неког права у *намери* да се другоме нанесе штета, или у форми вршења неког права, без обзира на намеру, противно његовој намени, дакле ненормално.

Уско посматрана, забрана злоупотребе права у овој другој форми изгледа да се инспирише неким неодређеним социалним разлозима и да поред тога садржи у себи идеју права-дужности. Рекло би се, због тога што говори о намени дотичног права, да она наређује његовом титулару да при његовој употреби води рачуна о интересима других лица као и о свом сопственом интересу: она га не оставља слободног у одлучивању како да се послужи својим правом.

У ствари није тако. Као и први и овај други случај забране злоупотребе права само је једна мера за омогућење вршења коезистирајућих права, мера за омогућење друштвеног живота. И у једном и у другом случају забрана злоупотребе права је огледало „овог основног принципа правног морала, да је свако право пре свега једно друштвено правило које ни у ком случају не може ићи против своје финалности”³⁶). Она захтева да се права врше нормално, „сходно навикама, обичајима, духовном стању тренутка кад су постала.”³⁷) Она не тражи од титулара једног права, да га врши како је то најзгодније за остале чланове заједнице. Њега се њихов интерес, као ни интерес заједнице, не мора тицати. Он је дакле слободан са те стране у вршењу свога права. Али, ако не мора водити рачуна о туђим интересима, титулар једног права, при његовом вршењу, мора водити рачуна о туђим правима. Онда кад је онемогућено другом да ужива своје право, тиме што је употребио своје право противно његовој финалности, он је злоупотребио своје право и изложио се одговорности.

Сам карактер постојећих права остаје исти са усвајањем забране њихове злоупотребе. Дата индивидуи ради њене личне користи, она то остају и даље. Заједница не може, ослањајући се на ову теорију, претендовати да се она врше на начин који је њој користан, или бар на начин који јој није штетан. Све на шта заједница има право, своди се на контролу вршења тих правила у циљу омогућења вршења права и осталих чланова

³⁶) Marco J. Barasch, *Le Socialisme juridique*, (Paris, 1923) p. 106.

³⁷) A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, (Paris, 1914), I, p. 28. Видети мишљење ових аутора о злоупотреби права и у *op. cit.*, II, 371 sqq (éd 1915). За њих је злоупотреба права један случај где обичајно право регулише и ублажава вршење разних права, и где је оно и даље остало извор позитивног права, бар у колико се тиче тумачења закона.

заједнице. То је, управо, више њена дужност него право. Сузбијајући сваку активност, ма и основану на неком праву, која крњи друга права, или у опште уноси немир у друштвени живот, држава врши своју основну дужност, коју јој цео свет признаје. То је потпуно у складу са индивидуалистичком доктрином, по којој је улога државе да осигура свакоме безбедност у вршењу његове активности³⁸). — Теорија злоупотребе права не тражи, дакле, да индивидуа жртвује један део свог 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 представити погрешно и очекивати од ње више него што она може да дâ³⁹), као нпр. „да обнови цело право”. У ствари у њој нема ничега новаторског ни револуционарног нити је она производ једне школе.⁴⁰) Индивидуалистичком принципу не прети од ње никаква опасност. Субјективна права *ergo* прерогативе да се извуку за себе *самог* извесне *користи*⁴¹) 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 и морално правило.⁴²)

³⁸) Видети *supra* изнад прим. 7.

³⁹) По Saleilles-у њено усвајање у Немачкој је „први покушај” у циљу социјализовања права у супротности са правним индивидуализмом, који има још претежну улогу. *L' introduction à l'étude du droit civil allemand*, р. 118 наведено код Н. Перића, *op. cit.*, стр. 37. — В. и Josserand, *L'Abus des droits*.

⁴⁰) *Contra* г. Ж. М. Перић, Архив, књ. II, стр. 363. В. и Н. Перић, *op. cit.*, стр. 54, 89 *sqq* и *passim*.

⁴¹) Чед. Марковић, Архив, књ. V (XXII), стр. 254.

⁴²) Зато г. Чед. Марковић, *loc. cit.*, и вели, да с обзиром на правне и моралне принципе на којима почива Српски Грађански Законик (§§ 1, 8, 10, 13, 22, 155, 419, 480, 539, 559, 567, 612), мора се рећи да он не трпи злоупотребу права. „И кад се деси да између појединих прописа постоји противречност, ова се у примени закона отклања. При том се одбацује оно што је у супротности са основном идејом закона—правда, јавни поредак, морал.” — У сваком случају може се рећи да је злоупотреба права, у форми вршења права у намери да се другоме нанесе штета, забрањена експлицитно у свима правима која забрањују поступке противне моралу (§ 13 С. Г. З.). Злоупотреба права у тој форми неморална је у својој основи (рђава намера). П. Е. — Н. Perreau-у, *Technique de la jurisprudence*, II. 182, постоји злоупотреба права у поступцима „*qui, sans*

После ове анализе забране злоупотребе права, нама се чини да та забрана није у ствари права теорија, већ само принцип тумачења закона.⁴³⁾ Права загарантована законом треба вршити, као што каже E. Picard, *civiliter*. „Да би се избегла одговорност није довољно служити се средствима која су дозвољена и којима се ништа не може пребацити; постоји још и *начин*.⁴⁴⁾ (Законски смисао не треба извртати⁴⁵⁾ и крити иза њега једну неморалну или, у опште, антисоциалну делатност, коју законодавац никад не санкционише. Зато је с разлогом примећено да би било боље рећи: „Злоупотреба законских текстова или правних правила, увек несавршених.⁴⁶⁾ Судија је зато позван да контролише вршење права, и да одбије санкцију свакој активности, формално основаној на неком законском тексту, али која врећа *bona fides*, или је, у опште противна финалности дотичног права. Све, дакле, зависи од нахођења, тумачења судије, на кога, и против његовог догматичног васпитања утичу навике, обичаји, променљива схватања друштвене средине.⁴⁷⁾ Тако се забрана злоупотребе права појављује као нужна допуна законског права обичајним правом, допуна која је у природи ствари и без које би било тешко замислити функционисање законског права. Помоћу ње се, по нахођењу судије, који је огледало своје средине, критикују или оснажују поступци појединаца при вршењу њихових права.

Зато ми и мислимо да је непотребно истраживати какав специјални критеријум за распознавање злоупотребе. Присталице субјективне и објективне теорије греше препирући се у недоглед о овом питању. У ствари имају све што им је потребно за констатовање злоупотребе. При испитивању да ли постоји злоупотреба у форми вршења права у намери да се друге нанесе штета, судија ће се понашати као при испитивању у паулијанској тужби, да ли је дужник, а код теретних уговора и правопријемник, био савестан или не (§§ 303 а и 565 Срп.

trancher les bornes apparentes du droit de leur auteur, choquant pourtant la bonne foi très gravement et que pour cette raison le juge refuse de sanctionner.”

⁴³⁾ Fathy Mahmoud, *La doctrine musulmane et l'Abus du Droit*, предговор од E. Lambert-a, (Paris, 1913), p. IX. — E. H. Perreau, *Revue générale du Droit*, t. XXXVII, p. 507 — Colin et Capitant. *op. cit.*, I. 17.

⁴⁴⁾ Пресуда првостепеног суда из Тулуза (Француска) у *Dalloz Périodique*, 1906, Paris 2, p. 105 (note), наведена код Marco J. Barasche, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁵⁾ § 8 Срп. Грађ. Зак.

⁴⁶⁾ Ch. Appleton, *Revue Générales du Droit*, n° dde juillet aout-septembre 1921. tirage à part, p. 5. n. 4.

⁴⁷⁾ B. Gaston Morin, *La Révolte des faits contre le Code*, (Paris, 1920) p. III. В. о злоупотреби права *op. cit.*, p. 174—175 и 177 sqq.

Грађ. Зак.); као при испитивању да ли је пуномоћник свршио поверени му посао поштено и својски (§ 615 Срп. Грађ. Зак.) или да ли се том приликом управљао „по своме разуму, знању и савести” (§ 612 Срп. Грађ. Зак.); и у опште да ли је један посао противан благонрављу (§ 13 Срп. Грађ. Зак.). — При испитивању, пак, дали постоји злоупотреба у другој форми, форми ненормалног вршења права, судија ће поредити делање туженог при вршењу свога права са начином на који би исто вршио сваки *pater familias*. И субјективна и објективна теорија нетачне су са њиховим искључивим гледиштима.

Закључак се намеће: Принцип забране злоупотребе права има места у свим законодавствима без обзира на основне идеје на којима она почивају. Њега је познавало римско право: њега познаје муслиманско право од када постоји;⁴⁸ његови се јаки трагови налазе у старим правима; најинтересантнија судска пракса, француска судска пракса, примењује га ни мало не сметана индивидуализмом *Code Civil*-а, а модерни законодавци почињу да му посвећују засебне диспозиције.⁴⁹ Он је општи и сталан; он је нераздвојан од суштине права, други би рекли да је правило природног права, више од свих закона,⁵⁰ које се према томе има примењивати и кад није написано у закону. Ми ипак мислимо, да су законодавци који су га написали, урадили добро. Овде се може поновити стара реч: „*Si cela va bien sans qu'on le dise, cela va mieux en la disant*”.

III

Члан 16 Српског Устава 1903 године гласио је: „Својина је неповредна, ма какве природе била. — Нико не може бити принуђен да своје добро уступи на државне или друге јавне потребе, нити се право приватне својине може ради тога ограничити, осим где закон то допушта и уз накнаду по закону.” А по чл. 37, ст. 1. нашег данашњег Устава: „Својина је зајемчена. Из својине проистичу и обавезе. Њена употреба не сме бити на штету целине. Садржина, обим и ограничења приватне својине одређује се законом.” За разлику од Српског Устава од

⁴⁸) Mahomoud Fathy, *La doctrine musulmane et l'Abus du Droit*.

⁴⁹) Немачки Грађански Законик § 226 и 826. Швајцарски Грађански Законик чл 2 § 2 и чл. 3 § 2. — Поред тога видети нови чл 1780. грађанског Француског Законика, чл. 41 § 2 Швајцарског Законика од 30 марта 1911 и Грађански Законик Мешовитих Судова у Египту (1876) чл. 60, 120и 492.

⁵⁰) Porcherot, *De l'Abfus du Droit*, (Thèse, Gijon 1902).

1903. године он не проглашава „неповредност” права својине, Он га додуше „зајемчава”, али одмах додаје да својина није само право већ и извор обавезама. Поред тога, то је право престало бити егоистичко. Његов циљ није само задовољење сопственика. Оно је зајемчено појединцима, не искључиво у њиховом интересу (који и даље, у осталом, остаје главни), већ и у интересу заједнице(целине, како то каже Устав). Зато га појединци не могу вршити на начин противан тим интересима заједнице. На супрот индивидуалистичком праву које смо ми до сада познавали, Устав истиче интерес целине који ограничава то право. Интерес заједнице виши је од њега. Лично право има управо разлог постојања док је у складу са интересом заједнице. На тај је начин од личног права, од егоистичке власти, својина претворена „у једну мешавину личног права и социалне функције.”⁵¹⁾

Ова диспозиција Устава премаша оквир у коме дејствује принцип забране злоупотребе права. По овом принципу не тражи се од сопственика, да приликом вршења свога права пази на интерес целине. Њему је чак слободно да врши своје право противно, како интересу целине, тако и интересима појединаца. Оно што му је забрањено, то је да и ако остаје на терену свога права и у оквиру овлашћења која отуда држи, наноси штету појединцима вршећи своје право пакосно или на ненормалан начин. По члану 37 Устава, међутим, сопственик, не само да не сме наносити штету другима вршећи пакосно или ненормално своје право, већ не сме ни употребљавати своје право противно општим интересима. Споредно је што сопственик није повредио ничије право, није никоме нанео штету, чинећи употребу од свог права. Он се огрешио о наведени пропис. Устава чим је, на основу свога права, предузео нешто што није у складу са интересом целине, или није хтео предузети нешто што захтевају интереси целине. Очигледно је да, штитећи интересе целине на тај начин Устав тежи ка социјализацији права. Он нас је увео у ред оних, за које се рекло, да „на њиховом фронтоу светли девиза: „Помоћу права ка правди”⁵²⁾

Само, питање је да ли је Устав дао законодавцу довољно потребних елемената и ширине за остварење те његове тежње. Устав вели да употреба права својине „не сме бити на штету целине”; употреба мора бити сагласна са интересима целине. Интереси целине! Тешко је наћи нешто неодређеније. Шта је то целина? Мисли ли се с тим на организовану политичку за-

⁵¹⁾ Сл. Јовановић, Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, (Београд, 1924), № 471, стр. 452.

⁵²⁾ Marco J. Barasch, op. cit., p. 10.

једницу, државу, област, општину? Ако је тако, онда чије интересе треба имати у виду, општинске, обласне или државне? Они се увек не поклапају, чак су често противни. Интерес једне чисто земљорадничке области није повређен тиме што су неки сопственици оставили необрађена своја имања; напротив! Остали ће моћи услед мањег прилива земљорадничких производа на тржишту, продати скупље своје производе. Међутим, несумњиво, интерес је државе да се што више произведе у свакој грани привреде. — Или се пак под целином разуме друштво, природни феномен који је резултат људске социалности. Његови се интереси могу извести и јасно формулисати. Али, је ли могуће измирити поштовање тих интереса са принципом личне иницијативе, кога уставотворац не дира и који и даље остаје основ нашег економског и правног живота? Нама изгледа сумњиво да ће законодавац моћи до краја извести програм који му је уставотворац означио у чл. 37, ст. 1 Устава. Немогуће је у правном поретку основаном на принципу индивидуализма направити од својине полу-социалну функцију. Сваки покушај у том правцу је тражење квадратуре круга. То не значи да је трансформација својине од личног права у социалну функцију немогућа. Само треба почети са постављањем принципа, да својина није лично право, већ социална функција. А ми нисмо још ту са чл. 37 нашег Устава.

Али, ако законодавац неће моћи ићи донде докле га Устав позива, он ће морати, спроводећи идеју друштвене солидарности⁵³) која је инспирисала Устав⁵⁴) да јасним изразима забрани сваку злоупотребу права. Ми смо видели да принцип забране злоупотребе права није специфичан законодавствима основаним на солидаристичком принципу; он је општи свима законодавствима. Само за разлику од законодавстава инспирисаних индивидуализмом, која га, без контрадикције, могу искључити као што га је, по некима, искључио наш стари законодавац у чл. 806 Грађанског Законика,⁵⁵) законодавства инспирисана солидаризмом имплицирају га. Та би законодавства било немогуће замислити без забране злоупотребе права. По-

⁵³) Видети Р. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, (Paris, 1922) n-is 58—66, pp. 40—44 и литературу у примедбама. — G. L. Duprak, *La Solidarité Sociale*, (Paris 1907), И г. Ж. М. Перић тврди да „човечанство ове више корача ка солидарности.” (*L'Unification de la législation pénale dans le royaume des S. C. S.* (Extrait de la Revue internationale de Droit pénal, 1924), p. 5.

⁵⁴) Видети нпр. чл. 26, 27, 23, 31 и др. Устава. О томе и г. Ђорђе Тасић, О правној природи економских и социјалних одредаба нашег Устава у Економисту књ. IV, Бр. 12 (1924) стр. 1050 sqq, нарочито стр 1055.

⁵⁵) Видети, међутим, supra прим. 3 и 42.

живајући законодавце да организују својину тако, да њена употреба не нанесе штету интересима целине, уставотворац је самим тим забранио њену ненормалну и пакосну употребу, употребу у циљу да се другоме нанесе штета. За важење овог принципа у нашем праву није дакле, у ствари, потребан и законски текст који би га поновио. Устав је довољан. Од дана његовог проглашења престали су важити сви прописи који би му били противни,⁵⁶⁾ па према томе и § 806 Српског Грађ. зак., наравно ако се узме да он дозвољава злоупотребу права, што, као што смо видели, није опште мишљење. Исти је случај и са §-ом 1305 Аустриског Грађ. Зак., у колико он важи на територији наше државе. На тај начин, и не чекајући законодавчев налог, наши су судови, на територији целе државе, позвани да одбију санкцију свакој злоупотреби права својине, другим речима, да осуде на накнаду штете сваког оног који је, злоупотребљујући своје право својине, нанео другоме штету⁵⁷⁾. — Само, ипак, из разлога кога смо раније видели, неће бити згорег повећати наш будући арсенал законских текстова једном кратком диспозицијом, која би, на директан и експлицитан начин, прописивала забрану сваке злоупотребе права, оно исто дакле што Устав чини индиректно и имплицитно.

Из мотива који су довели до усвајања чл. 37-ог Устава треба закључити да се тај члан не сме тумачити уско и рећи да он забрањује само злоупотребу права својине. Забрану чл. 37-ог треба генерализовати и рећи да се њом забрањује свака злоупотреба права. — Поред тога, било би апсурдно забранити злоупотребу права својине, а дозволити злоупотребу осталих права. Право индивидуалне својине постоји искључиво у интересу појединаца, да би из ствари на којој га имају могли извући све могуће користи. Оно је најегоистичније и најапсолутније. Оно се налази у основи свију осталих права⁵⁸⁾

⁵⁶⁾ Чл. 142 Устава: „Овај Устав... обавезну снагу добија када се обнародује у „Службеним Новинама“. Од тога дана престају важити сви правни прописи који су били њему противни.“ Овај је члан Устава, као и слични прописи који се налазе на крају великог броја закона, потпуно непотребан. Аброгација коју он садржи подразумева се и зато је непотребно наглашавати је.

⁵⁷⁾ О питању у колико судови имају да суде по Уставу Сл. Јовановић, *op. cit.*, по 30 стр. 72 sq.

⁵⁸⁾ Драгулин Јанковић, Нешто о војини, у Архиву књ. VII (XXIV), 1923, стр. 107—108: „Својина је основни појам. — Основни правни појам за нас значи универзалну правну установу, која је извор вишеструких правних односа, различитог карактера, али са једним заједничким правним извором. У основне правне појмове долази овојина као право оригиналнoг и генералног карактера и личност, као носилац тога права, без кога би право у данашњем индивидуалном правном систему, било мртво

Па кад је устанотворац нашао да то апсолутно и егоистичко право, које је камен темељац модерног правног поретка, треба ипак ограничити, одакле ми закључујемо да је његова злоупотреба забрањена, шта онда рећи за остала права која имају више алтруистичку боју, чији је егоистички карактер блећи? Нпр. право очинске власти, које је дато оцу у интересу деце; или право мужевље власти, које постоји у интересу брачне заједнице: или право одбране или тужбе на суду, чијом употребом, по Јерингу, ми вршимо једну индивидуалну и једну социалну дужност: индивидуалну, јер се боримо за нашу личност, социјалну, јер се боримо против неправде; итд. Сва та права, као и остала, могу бити злоупотребљена, тим пре што нису егоистичка, нису дата појединцима ради постигнућа њихових личних, себичних циљева. Има мање разлога за трпљење њихове злоупотребе, него злоупотребе права својина.⁵⁹⁾

Зато ми мислимо да је од дана обнародовања Устава забрањена злоупотреба сваког права, ма у ком се виду она појављивала, и да сви наши судови морају, на основу чл. 37 Устава досудити накнаду штете свакоме ономе који докаже, да је оштећен услед нечије злобне или ненормалне употребе права.

(Архив за правне и друштвене науке, 1925., књ. X)

безпредметно и илузорно. Сва остала права у данашњем индивидуалном правном систему изведена су из права својине као изворног и универзалног правног појма”.

⁵⁹⁾ Српски грађ. Зак. у 154 и 155 изрично посвећује забрану злоупотребе очинске власти, и предвиђа више случајева због којих се оцу одузима та власт. Нпр. злостављање, упућивање деце на „зао пут живота”, пренебегивање васпитања деце, оглашавање за распикућу итд.

A SUMMARY

PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS AND THE SOCIALIZATION OF RIGHTS

The prohibition of the abuse of rights means that accountable for damages is each and every party exercising its rights solely for the sake of malice toward the party suffering the damage, and the party which has exercised its rights without ill intent, but in an abnormal manner, thereby inflicting damage to the other party, preventing that party to exercise its rights in a normal way.

The theory of abuse of rights is completely in line with the individualistic doctrine, according to which the role of the State is to ensure to each person the security of performing his or her activities at will. It does not demand that the individual sacrifice a part of his rights in favour of the community, but only that each individual is free in exercising *his own* rights; this demand does not rely on the fact of social solidarity but simply on the fact of coexistence of people with a view to the enabling of the performance of rights of all *individuals*. The guarantee for their *peaceful exercise* is only enhanced by the prohibition of abuse.

According to the Yugoslav Constitution of 1921, the exercise of ownership „must not be to the detriment of the totality (Article 37). This provision exceeds the scope of functioning of the principle of the prohibition of abuse of rights; by protecting the interests of the totality, the Constitution strives toward the socialization of rights. In contrast to the legislatures inspired by individualism, which are not compelled to accept the principle of prohibition of abuse of rights, the legislatures inspired by solidarity cannot by any means be conceived without the prohibition of the abuse of rights. Calling on the legislator to organise ownership in such a way that its utilisation shall not inflict damage to the interests of the totality, the creator of the Constitution has by doing so prohibited its abnormal and malicious utilisation. For this principle to be effective in Yugoslav Law after the Constitution of 1921, it was not necessary to pass a special law repeating it, the Constitution was sufficient. The prohibition provided by the Article 37. of the Constitution of 1921, should be expanded to all other rights: if the abuse of the most egoistic and the most absolute right is prohibited, and such is the right of ownership, then this prohibition can all the more be applied to the rights with a more altruistic character (and with less egoistic characteristics).

RÉSUMÉ

LA DÉFENSE DE L'ABUS DU DROIT ET LA SOCIALIZATION DU DROIT

La défense de l'abus du droit signifie que pour le dommage est responsable toute personne qui a exercé son droit uniquement par méchanceté à l'égard de la personne endommagée, ainsi que toute personne qui a usé de son droit sans mauvaise intention, mais d'une manière anormale et à cause de quoi elle a causé le dommage à autrui, en le privant de la possibilité d'utiliser son droit d'une manière normale.

La théorie de l'abus du droit est entièrement en conformité avec la doctrine individualiste, selon laquelle le rôle de l'Etat consiste assurer la sécurité à chacun dans l'exercice de son activité. Elle n'exige pas que l'individu sacrifie une partie de son droit au profit de la communauté, mais de donner la possibilité à chacun d'exercer son droit; elle ne repose pas sur le fait de la solidarité sociale, mais simplement sur le fait de la coexistence des hommes et elle a pour but de rendre possible l'exerce des droits de tous les *individua*. La garantie de leur utilisation paisible est seulement augmentée par le défense de l'abus.

D'après la Constitution yougoslave de 1921, l'utilisation de la propriété „n'ose être aux dépens de la collectivité” (article 37). Cette disposition dépasse le cadre dans lequel produit ses effets le principe de la défense de l'abus du droit; en protégeant les intérêts de la collectivité, la Constitution tend à la socialisation du droit. A la différence des législations inspirées par l'individualisme, qui ne doivent pas accepter la défense de l'abus du droit, il est impossible d'imaginer les législations inspirées par le solidarisme sans la défense de l'abus du droit. En faisant appel au législateur d'organiser la propriété de telle sorte que son utilisation ne port pas dommage à la collectivité, l'auteur de la constitution a par là même interdit son utilisation anormale et méchante. Pour la validité de ce principe dans le droit yougoslave après la Constitution de 1921 n' est point nécessaire un texte de loi qui le répétrait; la Constitution est suffisante. La défense de l'article 37 de la Constitution de 1921 doit être élargie sur tous les autres droits; si l'abus est interdit du droit le plus égoïste et le plus absolu, tel qu'est le droit de propriété, cette défense doit d'autant plus se rapporter aux droits qui ont plus un caractère altruiste et moins un caractère égoïste.