

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Мастер академске студије права

Предмет: Вршење грађанских субјективних права

Мастер рад

**Појам и критеријуми злоупотребе права
својине**

Ментор:

Кандидат:

Проф. др Мирослав Лазић

Љубица Јанић, М002/13

Ниш, 2014.

Садржај:

I. Увод	2
II. Развој института забране злоупотребе права	6
III. Појам злоупотребе права	10
А. Концепти злоупотребе права	10
Б. Злоупотреба права и принцип легалитета	13
IV. Критеријуми забране злоупотребе права	16
А. Субјективна концепција злоупотребе права	17
Б. Објективна концепција злоупотребе права	19
а. Противциљно вршење права	20
б. Објективни подкритеријуми злоупотребе права	22
1. Бескорисно вршење права	22
2. Несразмерно вршење права	23
3. Непримерено вршење права	24
4. Противречно вршење права	26
5. Неморално вршење права	27
6. Неправично вршење права	28
V. Забрана злоупотребе права у упоредном и домаћем праву	30
VI. Злоупотреба права: недопуштено вршење права или вршење неправа?	36
VII. Санкција злоупотребе права	38
VIII. Закључак	40
Литература	42

„Ако је начело да вршење једне правне моћи не би могло да установи једну кривицу, ни да следствено томе мотивише једну осуду, другачије ваља поступити када употреба једне такве моћи спадне на злоупотребу.“¹

I. Увод

Право својине је најшира правна власт држања, коришћења и располагања са ствари која делује према свима (erga omnes), а власник ствари је слободан у вршењу својих својинскоправних овлашћења. Захваљујући праву својине, титулари права задовољавају своје потребе, било да се ради о урођеним, биолошко-физиолошким потребама, или се ради о тзв. „културним“ или изведеним потребама које произилазе из својства човека као друштвеног бића.

Још су стари Римљани тврдили да право својине представља најширу и потпуну правну власт на ствари. Међутим, институт права својине, претрпео је значајне промене током свог развоја, како у погледу садржине, тако и у погледу начина на који власник остварује своја својинскоправна овлашћења. Право својине претрпело је бројна ограничења, како у јавном, тако и у интересу појединаца. Ограничење у погледу начина вршења права својине јесте принцип забране злоупотребе права, као вид његове социјализације и морализације.

Развијајући се најпре у судској пракси, и то пракси француских судова, забрана злоупотребе права је постепено ограничавала индивидуалистички конципирано право својине, да би ова идеја касније прожелала вршење свих грађанских субјективних права, и то са становишта циља и духа у којем се врше.² Проширила се и у област јавног права, где, према речима правних теоретичара, представља одраз исте оне идеје коју одсликава у сфери приватног права.³

¹ Б. Благојевић – В. Круљ, Коментар ЗОО, књига 1, Београд, 1983, стр. 73.

² Г. Вукадиновић, Темље злоупотребе права, Злоупотреба права – зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр. 11.

³ Видети: Р. Ковачевић-Куштримовић, Скица за проучавање злоупотребе права, Живот и дело професора Миливоја Марковића, Општи семинар грађанског права „Српска цивилистика“, „Нишки цивилисти“, Ниш, 1995, стр. 83.

Оквири овог рада неће излазити из сфере проучавања злоупотребе права својине као најзначајнијег и најсвеобухватнијег грађанског субјективног права које имплицира овлашћење држања ствари, њеног коришћења и располагања њоме.⁴ Притом би ваљало имати на уму да се основни принципи забране злоупотребе права својине аналогно могу применити на сва остала грађанска субјективна права.

Природа права својине, као најапсолутнијег грађанског субјективног права, можда је најлепше оделикана одредбом Општег имовинског законика за Црну Гору, који наводи: „ Кажеш ли о каквој ствари, моја је, то је највише што казати можеш“⁵ док је у експозеу поводом доношења Швајцарског грађанског законика речено: “Моје и твоје, то су увек најнепосредније манифестације права.”⁶

Но, и једно овако поимано субјективно право не може се вршити без икаквих обзира, и морало је да претрпи извесна ограничења, која су се јавила као вид њене социјализације и морализације.

Право својине, попут осталих грађанских субјективних права је објективним правом признато овлашћење правним субјектима зарад задовољења њихових законом заштићених имовинских интереса.⁷ Но, ни у вршењу свога права субјекти нису апсолутно слободни. Њихова слобода ограничена је слободом других лица. Грађанска субјективна права скопчана су са бићем људским и граниче се поштовањем које дугујемо правима других. Да би вршење права било законито, оно не сме вређати личност и имовину других.⁸

⁴ У правној теорији прави се разлика између индивидуалистичке и социјалне теорије својине. Индивидуалистичка теорија својине одговара духу либерализма и њен облик је изразио Гете речима: „Колико тога је твоје? Онај круг који моја делатност испуњава, ништа више и ништа мање од тога.“ Социјална теорија својине отелотворена је у чл. 153 Вајмарског устава који стипулише „Својина обавезује. Њена употреба треба да служи општем добру“, те у том смислу Бекаријев повик према индивидуалистички конципираном праву својине да је то једно „ужасно право“ које има особину искључивања осталих. Наведено према: Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1998, стр. 141 и даље.

⁵ Чл. 1015 Општег имовинског законика за Црну Гору, раздео VIII „Неке закоњачке изреке и поставке које иако не могу закона ни преиначити ни заменити, могу му, ипак, објаснити разум и смисао“.

⁶ Наведено према Н. Перић, *Злоупотреба права и упоредно законодавство*, Београд, 1912, стр. 75.

⁷ Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 159.

⁸ *L. Duffau – Lagarosse, "Du droit aux dommages – interest dans le louage de service à duree indéterminée"*, наведено према Н. Перић, *op.cit.*, стр. 13.

Неки старији правни писци тврде да грађанска субјективна права, поред индивидуалног, служе задовољењу јавног интереса, при чему се јавни интерес може поимати као *координација, хармонија, равнотежа појединих интереса*.⁹ Појединачни интереси често бивају међусобно супротстављени, неусклађени, док остварење јавног интереса бива угрожено тежњом ка остварењу интереса појединаца. Лако је рећи да човек не подлеже никаквим одговорностима, док се креће у границама свога права, али је тешко одредити где је та граница.¹⁰ Која је константа која одређује ону нужну меру индивидуалног, која ће конституисати опште? Где поставити границу између исправног и морално неприхватљивог? Одговор на ова питања даје теорија забране злоупотребе права.

Прихватање принципа забране злоупотребе права, представља цивилизацијску тековину и резултат је неуморне борбе за право које ће бити ближе апсолутној правди.¹¹ Принцип забране злоупотребе права најпре је препознат у судској пракси, да би касније био формулисан објективним правом, чиме се још једном показало да се живот често праву одупире, и да изнад и изван правне норме постоје вредности које се ваљају поштовати и очувати, јер је још међу римским правницима важило начело *summum ius, summa iniuria*.¹²

Принцип забране злоупотребе у вршењу права, правда се једном реалном потребом свакодневног живота и његово поштовање претпоставка је нормалног функционисања друштва. Из сфере судске праксе преточило се у правну норму, у чијем виду данас обитава у већини правних система,¹³ а схватања попут оних која је заступао Планиол према коме израз „злоупотреба права“ није ништа друго до једна противречност јер једна радња не може бити и сагласна праву и њему супротна, те да злоупотреба почиње тамо где право престаје, давно су напуштена.

⁹ М. Марковић, наведено према Г. Вукадиновић, *Темељи злоупотребе права, Злоупотреба права - зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр. 13.*

¹⁰ Н. Перић, *op.cit.*, стр. 12.

¹¹ Љ. Ђуровић, *Злоупотреба права у уговорним односима, Правни живот, Београд, бр.10/1995, стр. 385.*

¹² „Највеће право, највећа неправда“. Стих из Теренцијеве песме *Самомучитељ*, која се често користи да би се изразила мисао како сувише строга и крута примена права доводи и до неправде. Густав Радбрух, *op.cit.*, стр. 14.

¹³ У савременом српском праву овај принцип стипулисао је ЗОО, чл. 13, да би доношењем ЗОСПО регула о забрани злоупотребе права била инкорпорисана у чл. 4 овог закона.

Једно од најзначајнијих питања везано за злоупотребу права јесте питање критеријума злоупотребе. Критеријуми су ти који одређују домашај овог института. Одређена законодавна техника ужег или ширег постављања критеријума злоупотребе права, одредиће да ли ће се овај корисни правни институт приказати у пуном свом сјају, или ће примена института бити сужена, спутана у корисној примени. За правне теоретичаре питање забране злоупотребе права у доброј мери своди се на испитивање њених критеријума, што ће бити предмет изучавања и овог рада.

II. Развој института забране злоупотребе права

Корени забране злоупотребе праве леже још у римском праву, мада се забрана злоупотребе права није усталила као општи принцип. Идеје римског права имале су снажан утицај на развој континенталног правног система и израду савремених грађанских кодификација, попут АГЗ по чијем узору је писан и СГЗ.

Римско право није познавало појам злоупотребе права, иако се сама еволуција института често везује за извесна староримска исходишта. Упркос овом, за поједине теоретичаре, лажном римском пореклу принципа¹⁴, постоји сагласност да се настанак целовите теорије о забрани злоупотребе права, као и прве законске формулације, везују за другу половину деветнаестог века. Модерно време није учинило забрану злоупотребе права излишном. Оно што је несумњиво јесте да је злоупотреба права ширила своје подручје, од сфере права својине¹⁵, на целокупан правни систем. Из сфере приватног, злоупотреба права проширила се и у области јавног права.¹⁶

Прве мисли римских правника о злоупотреби права јавиле су се у вези са одговорношћу за штету која је настала приликом вршења права својине. Чувена је изрека, која је чинила и окосницу римског правног система, која нас може навести на закључак да у римском праву није била забрањена злоупотреба права: *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur (Gaius, 55, D. 50,19) - Вршење свог права не може довести до одговорности за штету која одатле произађе*. Но, друга правила показују да се од овог одступило. Изрека *Malitis non est indulgendum (Неваљалство не треба опростити)*, говори нам да је свест римских правника балансирала негде између примене ова два принципа, при чему закључујемо да је шиканозно вршење права било неспојиво са ондашњим поимањем права и морала. Такође, о забрани злоупотребе права у римском праву може се наслућивати индиректно, на основу израза који говоре о духу римског права - *aequitas (једнакост)*,

¹⁴ М. Константиновић, Забрана злоупотребе права и социјализација права, Анали Правног факултета у Београду, бр.3-4/1982, Београд, 1982, стр.262.

¹⁵ Р. Ковачевић Куштримовић, Домен примене забране злоупотребе права, Злоупотреба права-зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр.18.

¹⁶ М. Петровић, Злоупотреба врховне власти (државног суверенитета), Злоупотреба права-зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр.215.

*bona fides (савесност и поштенење), ius est ars boni et aequi, ili civena Ulpianova Iuris prescripta haec sunt: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.*¹⁷

Претори су, увиђајући да стриктна примена правних правила може да у конкретном случају води изузетној неправди (*summum ius, summa iniuria*), интервенисали низом тужби у случају када вршење права које није противправно за последицу има наношење штете другоме. Претор је наиме признавао *actio de dolo* а касније и *excertio doli* страни која је била преварена приликом закључења уговора.¹⁸

Институт забране злоупотребе права касније је био афирмисан од стране цркве и канонског права.¹⁹

Можемо закључити да се порекло принципа забране злоупотребе права налази у приватном праву, а прве забране злоупотребе права јављају се у грађанским законцима. У пруском Ландрехту стоји: „Онај ко врши своје право сагласно законима није дужан да надокнади штету коју при томе другоме проузрокује.“ (чл. 94). Но, лице може бити обавезно да надокнади штету ако између више начина у вршењу свога права изабере онај који је штетан за другог или има намеру наношења штете (чл. 35-39).²⁰

Иако се први случајеви забране злоупотребе права налазе у пракси француских судова, Француски грађански законик не садржи ни једну изричиту забрану злоупотребе права. Овакво једно законско ограничење права својине и других грађанских субјективних права није било у складу са принципима индивидуализма прокламованим Француском буржоаском револуцијом, чији је Француски грађански законик изданак. Право својине Француски грађански законик дефинисао је као „право коришћења и располагања стварима на најапсолутнији начин под условом да њена употреба није забрањена законом или уредбама“²¹, док је сама Декларација о правима човека и грађанина стипулисала: „Како је својина једно свето и неповредиво право, нико је не може бити лишен, изузев у

¹⁷ Р. Ковачевић-Куштримовић, *op.cit.*, стр. 18.

¹⁸ Б. Благојевић – В. Круљ, *op.cit.*, стр. 68.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Р. Ковачевић-Куштримовић, *op.cit.*, стр.20.

²¹ Е. Агостини, Сасушивање права својине у Француској (1804-1985), *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/1986, Београд, 1986, стр. 470.

случају када то недвосмислено захтевају законом утврђене јавне потребе и под условом да се пре тога да правична накнада.²²

Ово не значи да у Француској тога доба није било заговорника уношења овакве једне одредбе у нови законски текст. Међу овим теоретичарима истицао се *Domat*.

Чини се да су овакве резерве у односу на укључење принципа забране злоупотребе права у правни систем њиховим инкорпорисањем у грађанске законике, представљале посве неоправдано страховање од угрожавања индивидуалистички конципираног права својине. Принцип забране злоупотребе права нема за циљ да онемогући остварење права индивидуа, већ управо супротно, како тврди проф. Константиновић, има за циљ да омогући реализовање права свију у најпунијем опсегу, услед коегзистенције људи у друштвеној заједници. У том смислу, принципу индивидуализма не прети никаква опасност.²³

Упркос чињеници да принцип забране злоупотребе права није био укључен од стране редактора Француског грађанског законика, француски судови су злоупотребу права санкционисали позивајући се првенствено на чл. 1382 ФГЗ, који је обавезивао на надокнаду штете оног ко својом кривицом другоме нанесе штету.²⁴ Иако сматрамо да се случајеви злоупотребе права који су овом нормом санкционисани не могу подвести под исту јер злоупотреба права није деликт, запажамо да је правна пракса била та која је прокрчила пут овом правном институту, суочена са потребама свакодневног живота.

²² Чл. 17 Декларације о правима човека и грађана.

²³ М. Константиновић, *op. cit.*, стр. 269. Ваља напоменути да концепт индивидуизма какав смо имали у доба либералног капитализма, у којем је власник ствари имао власт од земље до раја и у коме је право својине представљало тврђаву у којој нико нема право да власника пита шта ће са ствари чинити није могао да опстане, те стога ни не чуди што је принцип ограничења садржине својине и принцип забране злоупотребе права управо у овој сфери нашао своје поље примене.

²⁴ Ова одредба је прво послужила да се забрани шиканозно вршење права. Чувена је пресуда суда у Колмару од 2. маја 1855. г. када је суд наложио суседу да сруши димњак на својој кући, који није имао никакву другу сврху, осим да суседу одузме видик. Суд у Лиону је 18. априла 1856. г. наредио власнику да уклони са свог земљишта хидрауличне пумпе којима је црпео воду са суседног земљишта, а затим је просипао. У таквом понашању суд је видео једино жељу да се другоме наштети. Суд је на основу чл. 1382 ФГЗ наложио суседу да пумпе уклони, а суседу накнади штету. И. Симоновић, *Забрана злоупотребе права у француској судској пракси*, Зборник радова Двеста година Француског грађанског законика, Ниш, 2005, стр. 321.

У правној теорији је готово једнодушно прихваћено становиште да је принцип забране злоупотребе права по први пут правном нормом изричито формулисан у Немачком грађанском законнику, који је својим §226 забранио вршење права једино у намери да се другOME проузрокује штета²⁵, при чему се заборавило на чињеницу да је један ранији законик, на један грациознији начин казао то исто. Био је то Богишићев Општи имовински законик из 1888, чији члан 1000 гласи: „Ни својим се правом служити не мош тек другOME на штету ил досаду“, да би правило било допуњено изреком „Ни у праву своме не терај мак на конац“. Говорећи о првој изричитој законској забрани злоупотребе права, поједини теоретичари се позивају на одредбу грађанског законика западне Галиције, који је важио пре Аустријског грађанског законика од 1811, а чији §255 гласи: „Закон не штити ни завист, ни пакосно оштећење другога“.²⁶

²⁵ Б. Николић, Немачка концепција злоупотребе права у делу Миливоја Марковића, у зборнику радова Живот и дело Миливоја Марковића, Ниш, 1995, стр. 144.

²⁶ Б. Николић, СГЗ и забрана злоупотребе права, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, Ниш, 1995, стр. 67.

III. Појам злоупотребе права

A. Концепти злоупотребе права

Тежње за дефинисањем злоупотребе права, настају из потребе да се одреди која понашања правних субјеката могу бити толерисана, а која ваља правно санкционисати. У изналагању „адекватних“ дефиниција, правни теоретичари су суочени са значајним лутањима, а све у циљу формулисања што свеобухватније дефиниције која ће прецизно поставити границу између допуштеног вршења грађанских субјективних права и њихове недопуштене злоупотребе.

Као једну од свеобухватнијих, наводимо ону према којој се под злоупотребом права, најопштије речено, подразумева *вршење свога права противно циљу због којег је оно признато и заштићено или противно моралу друштва или неморално (неуобичајено, бескорисно) вршење које има за последицу наношење штете другоме или угрожавање туђег права или другу непријатност.*²⁷ Према једној другој дефиницији злоупотреба права представља *вршење субјективног права у границама постављеним законом, али на абузиван начин (противно финалитету права) или на ексцесиван начин (са проузроковањем прекомерне штете другоме).*²⁸

У теорији се наводи да је злоупотреба права истовремено и стање, и процес. Стање недопуштености једног облика неморала у вршењу свога права, и процес сталног развоја права у функцији спречавања анормалности у његовом вршењу.²⁹

Према становишту ових теоретичара, лице које злоупотребљава право не прекорачује своје право већ остаје у његовим границама, не дела бесправно, већ искорачује изван извесних унутрашњих и невидљивих граница свога субјективног права наносећи штету другоме, што се не може толерисати, те објективним правом бива санкционисано.

²⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, *op.cit.*, стр.17.

²⁸ М. Лазећ, Генералне клаузуле и злоупотреба права, Живот и дело Миливоја Марковића, Општи семинар грађанског права „Српска цивилистика“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1998, стр.236.

²⁹ М. Лазећ, Злоупотреба права својине у суседским односима, Злоупотреба права-зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр.111.

Сама реч „зло“ у називу правног института злоупотреба права говори да смо у извесној мери на терену морала, будући да су зло и добро морални појмови. Употреба субјективног права и његова злоупотреба, гледано са позиције титулара права, нису у контрадикторности. Обе су усмерене и теже ка истом циљу – задовољењу одређеног интереса титулара права. Разлика је само у томе што је употреба „кретање у оквиру свог“, а злоупотреба увек извесно „залажење у туђе“ и на тај начин шкођење другом, при чему то не мора да буде увек само штета, већ може бити и сваки други вид узнемиравања и угрожавања.³⁰

Наилазимо у теорији још и на становишта да се злоупотреба права састоји у употреби права на антисоцијалан начин, те у прелажењу стварног садржаја свог субјективног права од стране титулара. Злоупотреба се јавља као прекид равнотеже или скретање права од циља³¹, односно као повреда духа правне норме³², те овде није непримерена опаска, колико правника толико мишљења (дефиниција).

Поједини теоретичари износе став да злоупотреба права подразумева недозвољену употребу субјективног права. Они тврде да злоупотреба постоји када титулар пређе границе и изађе из оквира свог права и повреди право другог лица. Притом злоупотреба није ништа друго до једно формално „скривање“ иза субјективног права, што је управо *differentia specifica* злоупотребе у односу на противправно понашање код кога нема ни привида права.³³

Међу теоретичарима који тврде да се не могу сва права злоупотребити је Rodière који наводи да треба разликовати права-моћи која омогућавају извесну слободу својим титуларима и слободу у њиховом вршењу, независно од друштвене корисности. То су апсолутна права, чија злоупотреба се по правилу у судској пракси не дозвољава. Другу категорију чине права-функције, то су права која се врше у интересу другог, попут појединих породичних права. Злоупотреба ових права постоји када титулар своје овлашћење врши у циљу супротном од оног који је законодавац имао у виду. Трећу групу

³⁰ С. Пауновић, Злоупотреба права својине, Правна пракса-месечни часопис, бр.7/8, Београд, 2010, стр.21.

³¹ Г. Вукадиновић, *op.cit.*, стр.11.

³² Colliard, Злоупотреба овлашћења, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 1959, бр. 3-4, стр.262.

³³ Љ. Ђуровић, Злоупотреба права у уговорним односима, Правни живот, год.44, књ.419, бр.10, Београд, 1995, стр. 385.

представљају права грађанске слободе, које је такође могуће злоупотребити, али није могуће сваку злоупотребу санкционисати.³⁴ Тако се као типична права која измичу могућности злоупотребе наводе права личности, негативне службености и обавезе нечињења.³⁵

Постављајући појам злоупотребе права, поједини теоретичари иду чак дотле да злоупотребу права поистовећују са принципом савесности и поштења, тврдећи да су оба принципа одраз исте идеје; при чему злоупотреба права представља једну флагрантну повреду начела савесности и поштења формулисану у виду забране.³⁶ Међутим, не бисмо се могли сложити са овако широко постављеним појмом злоупотребе права. Иако је идеја морализације грађанских субјективних права у основи обе, ове две установе не можемо поистоветити. Залажемо се за њихову комплементарну примену.

Појам забране злоупотребе права, мења се упоредо са променама које одређено друштво погађају. Варира као такав у својој садржини. Злоупотреба права је појам који не може једном и за свагда бити решен³⁷, већ се прилагођава друштвеном моралу и мења заједно са њим.

Постављајући своје дефиниције злоупотребе права, теоретичари су настојали да њоме обухвате што већи број случајева који се у пракси појављује. Но, проблематични бивају они случајеви злоупотребе које правник практичар не може лако препознати или се не могу подвести под дефиницију злоупотребе права иако вређају осећај моралног. Одговор на овакву потребу правне праксе, представљају радови правних теоретичара који настоје да поставе смернице и критеријуме за препознавање злоупотребе у пракси, у тренутку када се случајеви злоупотребе појаве пред правником практичарем.³⁸ Радови овог типа, поред своје научне вредности, првенствено могу служити као водичи за судију.

У том смислу, не говоримо о дефинисању злоупотребе права, већ о навођењу критеријума злоупотребе. Супстински, дефинисати шта злоупотреба права јесте, не

³⁴ Р. Ковачевић Куштримовић, *op.cit.*, стр.22.

³⁵ Ibid.

³⁶ Д. Стојановић, *Савесност и поштење у промету*, Београд, 1973, стр. 53.

³⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, *Скица за проучавање злоупотребе права*, Живот и дело професора Миливоја Марковића, Ниш, 1995, стр. 73.

³⁸ Професор Водинелић је ову идеју преточио у монографију „Такозвана злоупотреба права“.

подразумева ништа друго но утврдити критеријуме или конституенсе злоупотребе. Ови конституенси исходе из судске праксе, да своје упориште нађу у правној теорији, и евентуално се формулишу у виду правне норме. Њихова првенствена функција јесте да омеђе допуштену употребу, од недопуштене злоупотребе јер, према старој Улпијановој, злоупотреба није употреба већ поквареност - *Abusus non est usus sed corruptela*.³⁹ Различити критеријуми или конституенси, творе различите видове злоупотребе, те говоримо о плуралитету видова злоупотребе права.

Ваља напоследку подсетити да напори правника теоретичара у овом правцу не представљају залудан посао, већ су инспирисани врло реалном потребом да се судији, правнику практичару, пружи конкретни инструмент којим ће санкционисати случајеве вршења права који вређају осећање морала и правну свест друштва онда када одговарајуће законске норме нема, или није јасна адекватна примена исте.

Б. Злоупотреба права и принцип легалитета

Забрана злоупотребе права је правни стандард, каучук појам или краљевски параграф.⁴⁰ Садржина злоупотребе права није јасно одређена, већ је више директивна и усмеравајућа за судију који треба да јој да одговарајући смисао у конкретној примени.

Значај генералних клаузула првенствено је то што оне представљају мост преко којег се успоставља стални контакт, најплоднија сарадња између три фактора у стварању, одржању и развијању правног поретка – законодавца, суда и правне науке.⁴¹

У теорији се поставља питање колизије принципа забране злоупотребе права са принципом легалитета. Може ли се допустити судовима да одређују границе субјективних права, кроз конкретизовање у сваком појединачном случају које понашање титулара представља вршење права, а које се отелотворава као злоупотреба. Дословно примењујући принцип поделе власти који је као такав прокламован у чл. 4 Устава РС, судско

³⁹ Р. Цветић, Критеријуми за утврђивање злоупотребе права, Злоупотреба права-зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр. 70.

⁴⁰ Р. Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *op.cit.*, стр.70.

⁴¹ М. Марковић, Генералне клаузуле (фрагментарна скица за студију о правном стандарду), Правно-економски факултет у Нишу, Ниш, 1968, стр.18.

утврђивање граница субјективних права значило би недопуштено мешање надлежности. Извесни правни писци сматрају да би овакво овлашћење дато судовима угрозило принцип правне сигурности и да је то један лимитирајући фактор у теорији забране злоупотребе права.⁴² Намеће се питање, не јавља ли се у том смислу судска власт у смислу неке надвласти, постављена некако изнад законодавне и извршне. Њене прерогативе се проширују, што је, ма колико поверења имали у судијску објективност, непристрасност и стручност, ипак несвојствено континенталном поимању права и правичности.

Налазимо да би се оваквом страховању доиста могло дати за право, но питамо се није ли право пуно оваквих и сличних правних стандарда који од правника практичара ваљају бити попуњени. Није ли постојећа парадигма правде управо то – подвођење конкретних чињеница под апстрактну правну норму. Доводећи у питање оправданост и легалност судијског одлучивања у конкретном случају, не доводимо ли у питање оно што правни систем већ вековима јесте. Правни стандард, као један инструмент правне технике, срећемо у свим правним системима, под различитим називима, при чему се ради о једном правилу понашања чија садржина није унапред дата, ни у погледу претпоставке, ни у погледу санкције.⁴³

Миливоје Марковић се овим питањем бавио у својој докторској дисертацији, осврћући се на примедбу коју је Рипер упутио примени принципа забране злоупотребе права. Марковић наводи: „Дакле, овај судија, изабран међу најбољима у народу, навикнут да поштује традиционална правила морала, чак и када их не одобрава, навикнут да поштује дисциплину правосудне хијерархије, доноси суд о људским радњама онако како му то диктира правило морала. На тај начин ово правило постаје правно правило... Да би донео пресуду, судија ће поштовати морални закон који влада у друштву.“⁴⁴ Проф. Марковић наводи да, упркос чињеници да је судија изабран као најбољи у народу да врши функцију судске власти, у суштини није тако. Судија се ни по чему не разликује од осталих припадника групе. Да би ваљано обављао своју функцију и да принцип правде и морала не би био доведен у питање, ваља поставити одређене гаранције против

⁴² Р. Ковачевић Куштримовић, *op.cit.*, стр. 25.

⁴³ М.Марковић, *op.cit.*, стр. 9.

⁴⁴ М. Марковић, Гаранције против арбитрерности судије (превела Невана Петрушић), Живот и дело Миливоја Марковића, Ниш, 1995, стр.27.

арбитрности судије. Поред правничког знања које поседује, и које је мање више код свих припадника професије на истом нивоу, судији би ваљало обезбедити материјалну сигурност гарантовањем високих примања, контролу од стране више судске инстанце и контролу јавног мњења. Уз ове гаранције, ваљано остваривање правде неће бити доведено у питање.⁴⁵

⁴⁵ Ibid.

IV. Критеријуми забране злоупотребе права

Питање критеријума злоупотребе права јесте тема чијим проучавањем су се правни теоретичари највише бавили, упуштајући се у проучавање домета примене принципа забране злоупотребе права.

Имајући у виду да се принцип забране злоупотребе права усталио, те да данас представља општеприхваћено начело и инкорпорисано је у већини правних система, питање злоупотребе права у пракси своди се на питање како злоупотребу одредити и разлучити од допуштеног вршења грађанских субјективних права, те су се и расправе на ову тему по правилу свеле на то који су њени конституенси. Извесно је да не постоји јединствен критеријум злоупотребе права, већ услед мноштва критеријума или конституенса, говоримо о плуралитету видова злоупотребе.

Шта судији, правнику практичару, треба, но да зна под који критеријум да подведе понашање које одступа од основних моралних постулата и пара његов осећај за друштвено прихватљиво, и самим тим како и да ли да овакво понашање санкционише или толерише. Овде у помоћ прискаче правна теорија која проблем разлаже, а решења упрошћава, чинећи их разумљивим.

Стога данас имамо развијен и готово опште прихваћен комплекс критеријума којима се правници практичари могу водити при одлучивању. Листа од правних теоретичара предложених критеријума није исцрпљена и не можемо је сматрати коначном, али правнику практичару може бити од користи. Ови критеријуми, поникли из судске праксе, ушли су у научне радове као реакција на конкретне случајеве.

Две основне теорије које су се у области злоупотребе права развиле, грубо посматрано, јесу субјективна теорија, као ужа и старија, и објективна теорија коју можемо сматрати широм и млађом.

А. Субјективна концепција злоупотребе права

Када се кренуло са утеловљавањем принципа забране злоупотребе права у правној пракси и њеним инкорпорисањем у законодавство, кренуло се са прихватањем уже концепције, што је последица доминације индивидуалистичког концепта својине, те принципа да се ограничења права својине не претпостављају већ морају бити изричито наведена.

Прво поимање злоупотребе права односило се на вршење права титулара једино у намери да се другоме проузрокује штета (*animus nocendi*), односно намером сметања (*animus turbandi, molestia*). Ово схватање прихваћено је у Општем имовинском законнику за Црну Гору (чл.1000) и у Немачком грађанском законнику (§226). Свако вршење права које иде само за тим да другог штети, сматра се неморалним и неправичним. Повреда туђих интереса може бити законита последица наше делатности, али никада та последица не сме бити једини мотив наше делатности.⁴⁶

Према овој теорији, намера је та која карактерише злоупотребу. Титулар права своја овлашћења врши у намери да другоме напакости, да комшији цркне крава, пакосно, шиканозно. Злоупотреба права представља упадљиво недопуштено вршење права, које вређа највише правну свест и осећање морала.⁴⁷ Како наводи Ларомбијер, „пакост је више но кривица и не заслужује никаквог обзира.“⁴⁸ Још су стари Римљани говорили *malitiis non est indulgendum*. Забрана овог вида злоупотребе представља најнижу и најјачу границу субјективног права.⁴⁹

Шиканозно вршење права био је вид злоупотребе права који је најраније санкционисан. Тако је француски Касациони суд заузео начелни став: „Треба спречити и сузбити сваку радњу предузету из мржње и злобе и без користи по онога ко ју је себи дозволио.“⁵⁰

⁴⁶ Н. Перић, *op.cit.*, стр 12.

⁴⁷ Рипер, према Р. Ковачевић Куштримовић, *op.cit.*, стр.22.

⁴⁸ Н. Перић, *op.cit.*, стр 24.

⁴⁹ Б. Благојевић- В. Круљ, *op.cit.*, стр.68.

⁵⁰ М. Петровић, *op.cit.*, стр 216.

Преднацрт Законика о облигацијама професора Михајла Константиновића, укључивао је изричиту забрану шиканозног вршења права⁵¹, која није ушла у текст Нацрта ЗОО као ни у текст самог ЗОО⁵², што не значи да шиканозно вршење права није забрањено правом Републике Србије. Наиме, један од циљева ради чијег остварења право својине није, нити може бити признато, јесте намера шкођења другоме, те се у том смислу може тврдити, да је забрана шикане обухваћена објективним критеријумом злоупотребе.⁵³

Као недостатак субјективне теорије злоупотребе права наводи се то да је некада тешко доказати постојање намере шкођења код титулара. Терет доказивања намере шкођења је на страни која тврди да је право злоупотребљено. Чак и онда када би намера шкођења била извесна, проблем често настаје услед конкуренције два или више мотива којима је радња титулара вођена. Често је титулар, поред намере да другоме нашкоди, вођен и неким другим допуштеним намерама. Можемо ли и тада његово понашање сматрати злоупотребом права?

Покушавајући да одговоре на ово питање, теоретичари говоре о шикани у ужем смислу, и шикани у ширем смислу, док шиканозним вршењем права дефинишу оно које се врши само да би се другима нашкодило, или првенствено зато.⁵⁴

Код шикане у ужем смислу, *једини* мотив вршења права јесте намера нашкодити другоме. За постојање шикане у ужем смислу неопходно је дакле, *прво*, да титулар своје право врши у намери да нашкоди другоме; и *друго*, да не постоји ни један други мотив у вршењу права.

Код шикане у ширем смислу, треба балансирати између намере шкођења са једне стране, и остварења правом признатог интереса у вршењу права. Шикана ће постојати

⁵¹ Чл.5 Преднацрта гласи: „Забрањено је вршење права у намери да се другоме шкоди, као и свако друго његово вршење које се не слаже са циљем ради којег је установљено.“

⁵² Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78.

⁵³ Овај став износи професор Ч. Марковић, *Поштење и морал у праву*, Архив за правне и друштвене науке, 4, 1992, стр.254. Став да објективан критеријум злоупотребе права апсорбује забрану шикане износи и Н. Перић у својој докторској тези.

⁵⁴ Поједини теоретичари у том смислу говоре о шикани у чистом облику, и шикани у комбинованом облику. С. Пауновић, *op.cit.*, стр.19.

једино у случају да је намера шкођења *превалентан, претежан, доминантан, главни мотив вршења права.*⁵⁵

Шкођење, у смислу злоупотребе права имплицира проузроковање штете другоме, и то како имовинске, тако и неимовинске. Али под шкођењем подразумевамо и сваку другу неповољну последицу, као што је сметање, узнемиравање, или било која друга неугодност.

Случај вршења права једино да би се другоме нанела штета, из пакости или шикане, јесте онај када власник насупротив комшијиног прозора постави искежену лутку која представља обешеног, и личи на комшију⁵⁶; месар који је свом псу дао име другог месара конкурента и, зовући га тим именом, упућивао му најпогрдније речи⁵⁷; власник који је подигао високу ограду обојену у црно једино да би суседу спречио светлост.⁵⁸

Француски суд је такође, 1912. године, осудио на накнаду штете суседа који је остављао, дуже но што је потребно, кола са ђубривом из којих се ширио смрад, само да би суседу напакостио.⁵⁹

Испоставило се да је овај критеријум преузак и да се под њега не могу подвести сви видови злоупотребе права.

Б. Објективна концепција злоупотребе права

Објективни критеријум злоупотребе права обухвата противциљно вршење права, као и низ подкритеријума који не подразумевају намеру шкођења од стране титулара, а у коначном се могу поимати као противциљно вршење права, те су стога објективно формулисани. У судској пракси препознато је више објективних подкритеријума злоупотребе права, при чему листа ових подкритеријума није постављена као коначна и поред свог академског значаја првенствено служи као смерница правницима практичарима у препознавању злоупотребе грађанских субјективних права.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Е. Агостини, Сасушивање права својине у Француској (1804-1985), Анали Правног факултета у Београду, бр.5, Београд, 1986, стр.473.

⁵⁷ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.11.

⁵⁸ Наведено према И. Симоновић, *op.cit.*, стр.322.

⁵⁹ Наведено према Е. Агостини, *op.cit.*, стр.473.

Примећујемо да граница између појединих подкритеријума није тако јасна, већ је разводњена. У многим се случајевима може препознати више различитих подкритеријума, те тако често одређено понашање титулара права може истовремено бити окарактерисано као бескорисно, противциљно или нпр. неморално вршење права.

а. Противциљно вршење права

Овај критеријум први је изричито предвидео грађански законик Русије из 1922. године.⁶⁰ Замерало му се да оставља простор за продор идеологије у правнички рад.⁶¹ Подразумева да злоупотреба права постоји када се право врши противно циљу у којем је право законом установљено или признато. У складу са схватањима ове теорије, злоупотреба права почива на њиховој релативности. Приликом формулисања правне норме, законодавац тежи да њима задовољи извесне интересе који често нису изричито формулисани. Законодавац је по правилу у стању да дефинише само „типичан интерес“ правних субјеката, те они самостално одлучују на који начин и у ком интересу ће право вршити.⁶²

У правној теорији, објективну концепцију злоупотребе права заступао је Жосеран, који је 1927. године издао дело „Дух закона и његова релативност“, са поднасловом *Такозвана злоупотреба права*, тврдећи да су сва субјективна права производ друштва и да од друштва добијају свој дух и крајњи смисао. Крајњи циљ грађанских субјективних права је изван и изнад њих самих; она су релативна а не апсолутна; требају бити вршена сагласно њиховом духу, иначе иду погрешним правцем и њихов носилац, који у том случају не би њих употребио него злоупотребио, постао би одговоран према жртви тог неправилног понашања.^{63/64}

⁶⁰ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.59.

⁶¹ Имајмо на уму да је законик донет непосредно након револуције, и превладавања идеја комунизма, које су биле потпуно супротне идеологији којом је западни свет вођен.

⁶² Р. Ковачевић Куштримовић, *op.cit.*, стр.24.

⁶³ Наведено према Р. Родијер, *Злоупотреба права*, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, година 8, бр.1-2, стр.1.

⁶⁴ Рипер је овакво становиште Жосерана критиковао тврдећи да „релативност права не значи ништа, јер свако право, по природи својој тежи апсолутизму. Према његовој тврдњи, право је стечена супериорност, оно је човекова моћ и по себи потврда неједнакости. Те треба бити логичан, или признати апсолутизам субјективног права, или порицати да то право постоји“; Наведено према Р. Родијер, *op.cit.*, стр.2.

Проблем се јавља када се испостави да правна норма није довољно прецизна, и не раздвоји јасно који се циљеви њоме желе постићи. Ово нарочито долази до изражаја код комплексних и широко постављених права, какво је право својине. Својина као трајно и апсолутно субјективно право, које свом титулару-власнику, омогућава да слободно и у границама закона, држи, користи и располаже предметом својине, представља правни однос који садржи највишу приватно – правну власт човека према човеку, а поводом ствари.⁶⁵

Ова тзв. финалистичка теорија, која санкционисе вршење права противно његовом финалитету, као основне недостатке има претерано релативизирање и социјализацију грађанских субјективних права, као и опасност од арбитрерности судија. У правној теорији се овом критеријуму такође замера да је непрецизан, те да не може бити примењен код права чији су циљеви широко постављени и обухватни, какво је управо право својине. У том смислу ови теоретичари наводе да код оваквих права не треба тражити оправдане циљеве његовог вршења него се једино ограничити на неприхватање неких циљева, као што је нпр. шикана.⁶⁶

Субјективно право се злоупотребљава уколико се врши зарад остваривања интереса који нису обухваћени оним чијем остварењу субјективно право иницијално служи, како вели Жосеран, свако је право позвано да се креће једним одређеним правцем⁶⁷.

У правној теорији постојало је мишљење према коме принцип забране злоупотребе права не постоји у социјалистичком друштву јер се сматрало да се права у социјалистичком друштву не могу злоупотребити, већ се она могу вршити само на социјалан начин. Ово становиште је брзо напуштено, а као најзначајнији пример злоупотребе права својине из тог периода, наводи се необрађивање пољопривредног земљишта од стране сопственика. Овакво понашање титулара права својине поимано је

⁶⁵ М. Лазић, *op.cit.*, стр 108.

⁶⁶ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.20.

⁶⁷ Жосеран, према Н. Перић, *op.cit.*, стр13.

као понашање које је у супротности са општим интересом, те се тежило да се правним регулама овакве појаве санкционишу.⁶⁸

Да би судија у конкретном случају установио постојање злоупотребе, неопходно је да утврди којим циљевима конкретно право служи.

За постојање злоупотребе није неопходно постојање намере шкођења код титулара, те је овај критеријум објективно постављен.

Пример противциљног вршења права у судској пракси налазимо у одлуци Окружног суда у Лесковцу, којом је суд установио да је засађивање багремових садница на парцели обрадивог земљишта на којем се гаје виногради и друге ратарске културе, те пошумљавање истог, тако да се угрожава суседно земљиште и културе на њима, представља злоупотребу права, те власници суседних парцела могу тражити уклањање садница и успостављање пређашњег стања.⁶⁹

6. Објективни подкритеријуми злоупотребе права

1. Бескорисно вршење права

Бескорисност вршења права разлог је за забрану таквог вршења у Грађанском закону Мексика (чл. 840, чл. 1912) а недостатак легитимног интереса у грађанским законима Египта (чл. 5), Сирије (чл. 6), Либије (чл. 5). Чак и тамо где није изричито забрањен, овај критеријум је прихваћен у пракси и теорији као један од основа забране злоупотребе права. Вршење права је неоправдано услед непостојања интереса на страни титулара, односно услед непостојања иоле значајног интереса, који би оправдао шкођење које се врши другом лицу.

Као услови за постојање овог вида злоупотребе права наводе се *прво*, шкођење другоме, услед вршења грађанског субјективног права, и *друго*, непостојање интереса на страни титулара, односно непостојање иоле значајног интереса.

⁶⁸ Тако је 1957. донет Закон о обрађивању необрађеног земљишта, којим је предвиђено да ће се обрадиво земљиште које у року од годину дана од последњег убирања плодова не буде обрађено, привремено ће за период од једне до три године, бити одузето сопственику или кориснику.

⁶⁹ Одлука Окружног суда у Лесковцу, Гж. 1182/78, наведена према М. Лазић, *op.cit.*, стр.239.

Постојање бескорисног вршења права процењује се објективно, и не може се поистоветити са другим видовима злоупотребе, већ је препознато као самосталан критеријум. Примера ради, бескорисно вршење права није исто што и шиканозно, мада у пракси судија често вршење права којим се никакав интерес не остварује, а другоме се шкоди, квалификује као шиканозно вршење права, што не мора нужно бити случај.⁷⁰ Бескорисно, залудно вршење права не може се поистоветити ни са несразмерним, као ни са противциљним вршењем права.

Овај конституенс злоупотребе постоји у већ легендарним случајевима из судске праксе, када је власник подигао лажни оцак на својој кући; случај из холандске судске праксе у коме је власник саградио ветрењачу која суседну зграду лишава светлости, а која се од осталих ветрењача разликује по томе што не служи ни за довођење воде ни за наводњавање⁷¹.

Као један маркантан случај можемо навести одлуку суда у Лиону из 1856, који је наредио власнику да уклони са свог земљишта хидрауличне пумпе којима је црпео воду са суседовог земљишта, а затим је просипао, не користећи је за своје потребе.⁷²

Према одлуци Врховног суда Србије, злоупотребом права проглашено је одбијање власника стана да дозволи инвестиционе радове на адаптацији стана који њему не проузрокују трошкове, а повећавају вредност стана.⁷³

2. Несразмерно вршење права

Још један од објективно конструисаних подкритеријума, јесте несразмерно вршење права. У овом случају, титулар врши своје грађанско субјективно право, остварујући изврстан свој законом признати интерес. Оно што се јавља као проблем при оваквом вршењу права јесте да титулар при томе другоме наноси штету која је знатно већа у односу на корист коју вршењем права остварује. Зато се у овом случају злоупотреба права

⁷⁰ В. Водинелић, Конкретизовање забране злоупотребе права, Злоупотреба права-зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр.50.

⁷¹ Наведено према В. Водинелић, *op.cit.*, стр.13.

⁷² Наведено према И. Симоновић, *op.cit.*, стр.322.

⁷³ Врховни суд Србије, Гзз 191/81, Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986, Београд, 1986, одлука бр. 44, стр.21.

препознаје, јер не постоји интерес на страни титулара који би био довољно значајан да би проузроковану штету оправдао.

За постојање овог вида злоупотребе права неопходно је постојање следћих услова: *прво*, проузроковање штете другоме приликом вршења права; *друго*, вршењем права остварује се легитимни интерес и *треће*, интерес који се вршењем права остварује знатно је мање важан од интереса који се угрожава, односно повређује.

Забрана овог вида злоупотребе права омогућава извесно упоређивање и вредновање интереса титулара који су оба појединачно посматрано оправдани и потпуно легитимни, али узети скупа један други искључују.

Несразмерно вршење права постоји у случају када закуподавац тражи од закупца високу уговорну казну, мада је овај, на време испразнивши стан, пропустио да из њега изнесе само неколико ситнијих предмета.⁷⁴

Према одлуци Савезног суда, Гж 10/82 „власник земљишта има право избора између захтева за накнаду за заузето земљиште и захтева да се саграђени објекти на том земљишту уклоне, односно сруше. Међутим, дугогодишња судска пракса у овој области установила је могући изузетак, према коме суд може одлучити да се саграђени објекат не руши, ако то рушење с обзиром на околности случаја, у које спадају вредност објекта, имовинске прилике власника земљишта и градитеља и њихово понашање у току и поводом спорне градње, не би било друштвено оправдано. Ово нарочито када је у питању заузеће незнатне површине земљишта, које уз то за власника објективно представља незнатну, или никакву вредност.“⁷⁵

3. Непримерено вршење права

Овај вид злоупотребе права изричито је забрањен у грађанским законцима Марока и Туниса.⁷⁶ Он подразумева да се право врши на штодљив начин, а могло би се вршити на нештодљив или мање штодљив начин по законом призната права и интересе других лица. Титулар права је своје право могао вршити на неки други начин, у неко друго време, на

⁷⁴ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.15.

⁷⁵ Наведено према М. Лазић, *op.cit.*, стр.237.

⁷⁶ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.22.

неком другом простору или у некој другој мери, да оствари свој правом признати интерес, а да притом другоме не нашкоди, или му нашкоди у мањој мери. У том смислу можемо говорити о просторној, временској непримерености, или непримерености с обзиром на меру или начин, о непримерености с обзиром на титулара.

Од титулара се овде не очекује никакав алтруизам и жртвовање у корист другога, већ једино показивање извесног обзира према легитимним интересима других лица и једно брижљиво и пажљиво вршење права.

Критеријум непримереног вршења права примењен је у серији тзв. „прозорских“ случајева. У судској пракси су се усталила ограничења да се било при отварању прозора, било при затварању погледа, врши злоупотреба права својине с обзиром на начин њеног вршења. Стога је виши суд упутио нижи да испита да ли прозор који је отворен према тераси туженог, може да се изведе на другом месту или на други начин, мање тегобан за тужене.⁷⁷ У једном другом случају из судске праксе, суд је такође заузео став да отварање прозора на зиду своје зграде а према дворишту суседа, представља злоупотребу права ако није учињено на начин да најмање смета право својине суседа.⁷⁸ У овим случајевима ради се о тзв. просторној непримерености вршења права.

У пресудама овог типа можемо уочити отелотворење општег принципа поштеде у вршењу права, чија повреда се испољава у виду злоупотребе права. Ово начело дошло је до изражаја такође у једној пресуди Врховног суда Србије од 19.децембра 1959.г. у којој је расправљано о праву власника зграде да на зиду своје зграде отвори прозор на клозету према суседовом дворишту, када је тај прозор могао да се отвори и на другу страну, и да се постигне исти резултат, али је отворен према суседовом дворишту и сав смрад од клозета је улазио директно у стан.⁷⁹

У једној пресуди донетој од суда у Врању, утврђена је злоупотреба службености једног пута. Тужилац, као власник послужног добра, тражио је да титулар службености напусти службеност пута испред саме његове куће, јер постоји опасност да деца страдају,

⁷⁷ Врховни суд Хрватске Гзз 80/84 од 27.04.1985, Збирка судских одлука 1985, књ.Х,св. 1-2, стр.92.

⁷⁸ Врховни суд Србије, Рев 1178/59 од 19.12.1959, Збирка судских одлука 1959, књ.ІV,св.3, одл.бр. 397, стр. 36.

⁷⁹ Наведено према Д.Стојановић, *op.cit.*, стр. 70.

у замену за други пут који му се уступа 10-15 метара даље, који је још подеснији од старог пута. Првостепени и другостепени суд су овај захтев одбили, да би пресуда била поништена по ревизији.⁸⁰ Основна је карактеристика права стварне службености, да је титулар права стварне службености дужан да своје право врши тако, да у што мањој мери ограничава право својине власника послужног добра, те да изабере онај начин вршења своје службености, који му пружа исте користи, а за власника послужног добра је мање штетан или подношљивији.⁸¹

4. Противречно вршење права

Овај објективни подкритеријум у вршењу права подразумева да је титулар своје право вршио тако да је код другог лица створио оправдано поуздање да право нема или да не жели да га врши, а онда то оправдано поуздање изиграо вршећи своје право. Овим подкритеријумом на извештан начин се штити извештан степен поверења међу људима, и реагује на неконзистентно понашање титулара у вршењу грађанских субјективних права. И овде је понашање титулара коректно, ако се самостално посматра.

Контрадикторност може постојати између садашњег и пређашњег понашања титулара, као и између његова два симултана акта. Злоупотреба се може састојати и у томе што је титулар привидно вршио своје право, да би када га је стекао тврдио да право није ни имао, те у складу са тим захтевао извесно реаговање. Овај случај постоји када лице отуђи очеву ствар, тврдећи да је његова, а затим када ствар наследи, тражи њен повраћај од стицаоца тврдећи да је није ни могао отуђити јер у тренутку закључења уговора није ни био њен власник.

Овај вид злоупотребе права одраз је старе римске идеје о *venire contra factum proprium*, која у старом Риму није била издигнута у ранг општег начела, већ је коришћена на казуистичкој основи. Канонско право је ову установу афирмисало, док је творац целовите теорије био Riezler.⁸²

⁸⁰ Наведено према Н. Периф, *op.cit.*, 136.

⁸¹ Ближе о принципу поштеде или рестрикције код стварних службености видети Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазиф, *op.cit.*, стр.173.

⁸² Д. Стојановић, *op.cit.*, стр. 88.

Англосаксонско право кроз кореспондирајућу установу Estoppel процесноправним ограничењима решава случајеве нелојалног оклевања у вршењу права, који су у немачком праву покривени установом *venire contra factum proprium*. У француском праву, и поред учења о злоупотреби права случајеви *venire contra factum proprium* решавају се кроз конструкцију прећутног одрицања од права.⁸³

Сматрамо да се противречно вршење права, упркос чињеници да је од појединих теоретичара сврстано у оквире злоупотребе права, пре може подвести под окриље поступања у нескладу са принципом савесности и поштења, као још једним од видова морализације права који у нашем праву има дугу традицију, и који је према извесним схватањима у наше право ушао још из задружног, преддржавног живота, пре но што би се могло сматрати да је прихваћено под утицајем римског права.⁸⁴ Како се у правној теорији наводи, правни став да је недопустиво да се неко стави у противуречност са својим понашањем ако су тиме повређени интереси других, има обавезну снагу само под одређеним условима, а наиме да противречно понашање представља и повреду начела савесности и поштења.⁸⁵

Маркантан пример противречног вршења права јесте случај према којем је син, без икаквог уговора о томе, започео изградњу куће на земљишту свога оца. Отац се томе није противио, чак је чапћавао зидаре кафом и ракијом. Када су се годину и по дана касније односи између оца и сина покварили, отац је подигао тужбу тражећи рушење започете зграде и повраћај земљишта. Суд је тужбени захтев одбио, напавши да је градитељ савестан, а отац као власник земљишта несавестан, јер се није раније успротивио градњи.⁸⁶

5. Неморално вршење права

Злоупотреба права, као општеприхваћена установа у законодавству и пракси, јесте вид морализације и социјализације права. Право се не може вршити неморално нити на

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Б. Благојевић – В. Круљ, *op.cit.*, стр.78.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Врховни суд Србије, Рев 1821/92 од 18.6.1992, Избор судске праксе, 3,1993, стр. 31.

антисоцијалан начин. И сам назив установе имплицира извесно „зло“ присутно у вршењу права, при чему су „зло“ и „добро“ моралне категорије.⁸⁷

Морал је овде објективна категорија. То није индивидуални морал, који би се процењивао субјективно и од случаја до случаја, већ је то општи, друштвени морал као константа сваке друштвене заједнице, који постоји колико и заједница и мења се заједно са њом.

Неморална радња сама по себи не би требало да буде правно санкционисана. Али неморална радња којом је другоме проузрокована штета, не сме бити толерисана, и санкционише се као вид злоупотребе.

Као пример неморалног вршења права, наводи се случај пред немачким Врховним судом из 1909. године који је као злоупотребу права својине квалификовао очеву забрану сину да посети гроб своје мајке, који се налазио на његовом имању.⁸⁸

Или случај када отац, налаже својој кћери да се исели из његовог стана, да би постигао да се исели и његова парализована супруга, која зависи од кћерке која је негује.⁸⁹

Постојање злоупотребе права у домаћој судској пракси од значаја је и за стицање права својине на непокретности, јер уколико власник исту непокретност отуђи вишекратно разним лицима, онај међу њима ко је касније стекао правни основ, а знајући за раније прибавиоце, пре њих тражио и постигао укњижбу, уписом неће стећи својину због своје несавесности и постојања злоупотребе права.⁹⁰

6. Неправично вршење права

Нема у упоредном праву примера за законску одредбу или пропис друге врсте који би неки вид вршења права забранио као злоупотребу јер је у нескладу са правдом. Но овакве квалификације срећу се у правној књижевности.

⁸⁷ С. Пауновић, *op.cit.*, стр. 13.

⁸⁸ V.Bolgár, Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine; Louisiana Law Review, Vol.35, No.5, 1975; стр. 1028; доступно на <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/4>

⁸⁹ Случај из аустријске судске праксе, наведено према В. Водинелић, *op.cit.*, стр.44.

⁹⁰ М. Орлић, Савесност при стицању непокретности, Правни живот, бр.2/1980, Београд, 1980, стр.69.

Овај најмање одређен критеријум, драгоцен је и неопходан када се помоћу других елемената у конкретном случају не да засновати суд о постојању злоупотребе.

Овај вид злоупотребе права постоји онда када понашање титулара шкоди другоме а постојање субјективног права то шкођење не оправдава јер је толико неправично да други буде њему изложен.

Овај критеријум злоупотребе афирмише професор Водинелић, док у судској пракси нема одлука које би поткрепиле његову примену.

V. Забрана злоупотребе права у упоредном и домаћем праву

Забрана злоупотребе права у свом чистом облику и недвосмислено формулисана, творевина је судске праксе француских судова деветнаестог века. За формулисање ове забране они нису имали подршку од стране законодавца, који је игнорисао ову потребу савременог живота, више у тежњи да очува тековине индивидуализма а мање водећи рачуна о стварним друштвеним токовима. И овде је креативност судија одиграла пресудну улогу.

Непрепознат од законодавца, принцип забране злоупотребе права се усталио у пракси француских судова, да коригује и спречава ту „људску комедију“, пакост и шикану у међуљудским односима.

Немачки грађански законик из 1896. је изричито забранио злоупотребу права. Он је у § 226 стипулисао да је забрањено вршење права које има једино за циљ да другога оштети. Стога закључујемо да је НГЗ забранио шиканозно вршење права, односно усвојио ужу концепцију злоупотребе.

Поједини теоретичари, коментаришући овакву одредбу тврде да је она остала мртво слово на папиру и да се у пракси није примењивала, јер је намеру шкођења било тешко доказати. Но, оно што је проширило примену принципа забране злоупотребе права, били су стандарди *Treu und Glauben* (§242) и *gute Sitten*(§826) који су укључени у текст законика.⁹¹ Стандард *Treu und Glauben* одговара нашем стандарду савесности и поштења, који представља начин понашања поштених и разумних људи. Стандард се јавља као појмовни пар и као синоним⁹² у римском праву стипулисан као *bona fides*, иако професор Марковић предлаже да израз буде преведен синтагмом „поштење и узајамно поверење“. Израз *gute Sitten* односи се на добре обичаје, *bonos mores*, и представља морал у праву.⁹³

Употребом и ове две клаузуле, немачки правници су примену принципа забране злоупотребе права проширили, те су под злоупотребом права подвели и случајеве објективне концепције злоупотребе, а у случају шикане као услов за постојање

⁹¹ Ђ. Николић, *op.cit.*, стр. 146.

⁹² Ј. Радишић, *Облигационо право - општи део*, Београд, 2008, стр. 32.

⁹³ Ђ. Николић, *op.cit.*, стр. 155.

злоупотребе нису захтевали искључиво постојање намере, већ су се задовољавали и постојањем „свесног хтења“ да се другој штета проузрокује.⁹⁴

Швајцарски грађански законик⁹⁵ је изричито забранио злоупотребу права. У §2 је речено: „Свако је дужан вршити своја права и испуњавати своје обавезе савесно и у доброј вери; очигледна злоупотреба права нема законску заштиту.“ Овом одредбом, Швајцарски грађански законик спојио је два фундаментална принципа у вршењу грађанских субјективних права – принцип савесности и поштења и принцип забране злоупотребе. Да би злоупотреба права била санкционисана, неопходно је да буде очигледна. Шта је „очигледна“ злоупотреба, одлучиће суд у конкретном случају, чиме је, ако се има у виду §1 истог законика, остављена изразита слобода судији да одређује које се понашање може квалификовати као злоупотреба, а које не прелази границе допуштене употребе. Одредбу Швајцарског грађанског законика преузела је и Турска 1926. године, унеколико прецизирајући да ће злоупотреба постојати једино ако се при вршењу права наноси штета другој.⁹⁶

У АГЗ принцип забране злоупотребе права прихваћен је трећом новелом из 1916.г. која је увела одредбу о томе да се одговара за штету нанету другој у вршењу свог права противно добрим обичајима а у намери да се другом нашкоди, што је литература окарактерисала као преуску норму а судска пракса примењивала не инсистирајући увек на намери шкођења.⁹⁷

Италијански грађански законик начело забране злоупотребе права конкретизује кроз чл. 833 стипулишући да власник своја овлашћења не може вршити у циљу доношења штете другој.⁹⁸

Ако имамо у виду, да се принцип забране злоупотребе права „одомаћио“ у одлукама домаћих судова, као и то да његово постојање не оспорава ни савремена домаћа правна теорија, можемо рећи да је принцип забране злоупотребе права иманентан

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Донет 1907, а ступио на снагу 1912. године.

⁹⁶ M. Bayers, Abuse of Rights – An Old Principle, A New Age, доступно на http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarship

⁹⁷ В. Водинелић, *op.cit.*, стр. 7.

⁹⁸ Ibid.

целокупном домаћем правном систему, примарно као једно неписано правно правило. Иако правном нормом није тако изричито стипулисано, принцип забране злоупотребе права може се применити у свим сферама правног живота.

До фазе готово свеопштег признања, овај принцип је прошао пут од порицања његовог постојања⁹⁹, до постепеног прихватања могућности постојања установе.

Српски грађански законик није садржавао одредбу која би изричито забранила злоупотребу права. Теоретичари који су заговарали постојање начела забране злоупотребе права у домаћем правном систему¹⁰⁰, изводили су његово постојање тумачећи одредбу §806 Српског грађанског законика, који стипулише: „Ко би другоме с тим што би право своје уживао, само ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговарати, нити му накнадити.“¹⁰¹

Професор Нинко Перић у својој докторској дисертацији управо на основу формулације ове одредбе закључује да је СГЗ познавао забрану злоупотребе права. Онај део одредбе који гласи „само ако границе не прекорачи“ управо показује да је СГЗ у себи спојио оба принципа, у римском праву стипулисана као *nemo damnus facit...* и *malitiis non est indulgendum*. СГЗ овом одредбом сугерише да вршење права може прећи извесну границу *нормалне* примене, која се не сме толерисати.¹⁰² О постојању забране злоупотребе права закључује и на основу општег духа Српског грађанског законика, да појединци своја

⁹⁹ Професор Живојин Перић је у принципу забране злоупотребе права видео опасност по принцип индивидуализма у праву, тврдећи да представља средство социјализације права, а као крајњи циљ има идеју колективизма. Наше право није попут немачког, тврди професор Перић, у којем су грађанска субјективна права окрњена и подсечена. Приватно право јесте онај круг у којем је воља титулара *суверена*, а власт титулара грађанских субјективних права *неокрњена*. Ж. Перић, О Обавези заштите у случају евикције код уговора о продаји и куповини, Београд, 1909, стр 15-16.

¹⁰⁰ Међу предратним теоретичарима који су афирмисали постојање принципа забране злоупотребе права, како у Српском грађанском законнику, тако и српском праву, били су Чедомир Марковић, Нинко Перић, Миливоје Марковић, Михајло Константиновић. Професор Лазар Марковић, тврдио је да је у српском праву могућа злоупотреба права, али да нема правне могућности да се та злоупотреба спречи, те се залагао за забрану злоупотребе права. Наведено према Д. Попов, Забрана злоупотребе права у нашем законодавству пре Другог светског рата, Злоупотреба права – зборник радова правног факултета у Нишу, Ниш, 1996, стр.31.

¹⁰¹ §806 Српског грађанског законика.

¹⁰² Н. Перић, *op.cit.*, стр 133.

права врше што више у складу са моралом, правдом и с обзиром на социјалне везе појединих друштава.¹⁰³

Професор Водинелић истиче да §806, заједно са §32¹⁰⁴ Српског грађанског законика конституише објективни критеријум забране злоупотребе права. Он сматра да је СГЗ омогућио да се под злоупотребом права поима *вршење права преко његових граница, односно несразмерно, диспропорционално вршење права* у случају када се право врши на уштрб вреднијег. Оба ова критеријума у упоредном праву усталила су се као објективни подкритеријуми злоупотребе права, али у домаћој теорији и пракси тога доба нису прихваћени. Злоупотреба права у домаћој литератури поимана је искључиво као шикана, те у том смислу потенцијали Српског грађанског законика у погледу увођења објективног критеријума злоупотребе права никада нису искоришћени.¹⁰⁵

Сматрамо да, иако Српски грађански законик није изричито забранио злоупотребу права, можемо тврдити да је ова забрана имплицитно садржана у одредби §806. Изостанак ове изричито формулисане забране не треба ни да чуди, ако знамо да ни АГЗ који је послужио као узор српском, у свом изворном тексту од 1811. године овакву забрану није садржавао. Домаћи грађански законик исходиште за формулисање ове забране није могао наћи ни у француској судској пракси, јер у тренутку његовог доношења она још увек није ни била формулисана од стране француских судова. Можемо такође да тврдимо, да формулисање једне овакве забране у оквиру §806, приликом доношења Српског грађанског законика није била интенција законодавца.

Позитивно српско право у виду изричите законске норме прокламује принцип забране злоупотребе права. Закон о облигационим односима у чл. 13 у оквиру начела закона прокламује забрану вршења права противно циљу у коме је оно законом

¹⁰³ Једна од одредаба на основу којих Нинко Периф закључује о постојању забране злоупотребе права је и §13 „Воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но у ономе што се тиче јавног поретка и благонравља, не може се ништа изменити вољом или уговором“.

¹⁰⁴ §32 Српског грађанског законика гласи: „Ако двојица или више њих једнака права имају, морају се исто тако употребљавати, да једно поред другог и сва скупа у целости опстати могу. Ако то није могуће, онда по количини једно другом треба да попусти: ако ли и тако не би могуће било, онда мање већем попустити мора.“

¹⁰⁵ В. Водинелић, Субјективна и објективна конструкција злоупотребе права – кључна и непремостива разлика?, Архив за правне и друштвене науке 1-3, Београд, 1996, стр.81.

установљено или признато, док Закон о основама својинско-правних односа¹⁰⁶ у чл. 4, формулише готово идентичну одредбу. Тиме се недвосмислено предочава да је злоупотреба права забрањена у нашем правном систему. Она у нашем праву обитава као општа забрана, али услед чињенице да још увек није ступио на снагу нови српски грађански законик који би у свом општем делу изричито забранио злоупотребу грађанских субјективних права, начело у овом виду постоји у нашем правном систему као једно неписано правно правило. Сматрамо да је принцип забране злоупотребе права иманентан целокупном правном систему Републике Србије.

Из одредби ЗОО и ЗОСПО можемо закључити да је у нашем правном систему усвојен објективни критеријум забране злоупотребе права, који забрањује вршење права противно његовом финалитету, дакле противно циљу због којег је грађанско субјективно право законом установљено или признато.

Пре новела ЗОСПО из 1996.године, изричита забрана злоупотребе права обухватала је и забрану неморалног вршења права. Према чл. 4 ст. 2 ЗОСПО : „забрањено је вршење права противно циљу због кога је законом установљено или признато, или противно моралу социјалистичког самоуправног друштва.“, који је елиминисан Законом о изменама и допунама ЗОСПО.¹⁰⁷ Оваква законодавна акција последица је доминантног становишта међу правним теоретичарима да је објективни критеријум злоупотребе шири, и да као такав апсорбује остале подкритеријуме, какав је и неморално вршење права.

Нацрт закона о праву својине и другим стварним правима, као један амбициозни покушај свеобухватног регулисања ове области прихватио је другачији приступ у законском регулисању забране злоупотребе права. Аутор Нацрта је, у свеобухватној тежњи да буде од користи правнику практичару, предвидео да ималац стварног права не врши право, већ злоупотребу ако шкоди другоме, и то чини (1) само или првенствено да би му нашкодио; (2) без оправданог интереса, ради безначајног интереса или бескорисно; (3) несразмерно више него што себи користи; (4) више него што би да поступа на други начин којим такође остварује интерес; (5) изигравши његово оправдано поверење, које је створио, да неће вршити своје право; (6) поступајући противно циљу тог

¹⁰⁶ Закон о основама својинско-правних односа, Службени лист СФРЈ, бр. 6/1980.

¹⁰⁷ Службени лист СРЈ, 29/1996.

стварног права; (7) поступајући противно друштвеном моралу; (8) поступајући противно правичности; (9) и у другим случајевима злоупотребе. У ставу 2 истог члана предвиђено је да ималац стварног права који чини злоупотребу неће уживати правну заштиту и да ће одговарати за последице таквог поступања.¹⁰⁸ Нацрт закона никада није ступио на снагу, а детаљно регулисање принципа забране злоупотребе права одложено је за неки каснији моменат.

У овом тренутку поставља се питање како ће нови Грађански законик Републике Србије регулисати принцип забране злоупотребе права, који би своје место требало да нађе у општем делу, и то у уводним одредбама које су посвећене начелима грађанског права.

¹⁰⁸ Чл. 14 Нацрта закона о праву својине и другим стварним правима.

VI. Злоупотреба права: недопуштено вршење права или вршење неправда?

Од тренутка када се проблемом злоупотребе права правна наука почела бавити, било је јасно да овај институт није лако „ухватити“ или „коначно решити“. Нема егзактних одговора. Злоупотреба права у својој бити јесте једна противречност, како вели професор Константовић, а ми можемо бити само који корак ближе, или даље од њене суштине.

Давно су превазиђена становишта какво је било Планиолово, која су принципу злоупотребе права одузимала сваку корисност и оригиналност. Злоупотреба права није „логомахија“ односно бесмислица, она је један изразито користан инструмент којим се некоректно понашање титулара одстрањује и санкционише.

Ваља имати на уму да се применом принципа забране злоупотребе права не установљава никакво ново право, нити његова садржина, већ се постављају тзв. „унутрашње“ и „спољашње“ границе у вршењу истог.¹⁰⁹

Не можемо прихватити Планиолов став да један исти поступак не може истовремено бити и сагласан праву и њему супротан, те да злоупотреба почиње тамо где право престаје. Ако титулар врши своје право његов акт је дозвољен, вели Планиол, а ако је недозвољен, онда титулар није вршио право, већ је прешао његове границе, делао је неправно.¹¹⁰

Злоупотребити право не значи делати неправно, вели професор Константиновић.¹¹¹ Злоупотреба права не представља деликт, зато што је деликтна радња таква забрањена радња која не одговара садржини ни једног субјективног права. Таква радња је забрањена увек, осим када у конкретном случају постоје разлози који искључују противправност. И за разлику од злоупотребе деликт је недопуштен већ из својих разлога,

¹⁰⁹ Р. Ковачевић Куптримовић, *op. cit.*, стр.17.

¹¹⁰ И. Симоновић, *op. cit.*, стр.323.

¹¹¹ М. Константиновић, *Забрана злоупотребе права и социјализација права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/82, Београд, 1982, стр. 270.

не тек ако постоје и они разлози који представљају конституенсе злоупотребе (противциљност, бескорисност, несразмерност итд.).

Вршење права је допуштена радња која одговара законском опису садржине неког субјективног права. Злоупотреба права представља ону радњу која у највећем броју случајева одговара законском опису садржине неког грађанског субјективног права, али која није допуштена у конкретном случају због постојања одређених разлога, тзв. конституенса злоупотребе. Злоупотреба права, када се посматра у односу на деликт или овлашћење, представља нешто што је између деликтне радње и допуштене радње, а различито од обе.

У практичној примени свеједно је да ли ћемо о злоупотреби права говорити као о „недопуштеном вршењу права“ или као о „вршењу неправа“, ако је извесно који су критеријуми злоупотребе права. Када суд констатује да је посреди злоупотреба права, исти је ефекат да ли при томе сматрамо да право не постоји, па се зато не може вршити, или сматрамо да се не сме вршити, иако постоји.¹¹²

Поставља се питање да ли је суд дужан да по службеној дужности води рачуна о постојању злоупотребе права од стране његових титулара. Према становишту које износи професор Стојановић, иницијативу за утврђивање злоупотребе права у судском поступку треба препустити странкама, што представља еманацију принципа диспозиције у грађанском судском поступку, и примењује се код установа, каква је институт застарелости.¹¹³ Примећујемо да се ова два института, принцип забране злоупотребе права и институт застарелости, заснивају на битно различитим поставкама, те да испуњавајући застарелу обавезу дужник испуњава дуговано, неку врсту „дуга части“, док у случају злоупотребе права титулар вршећи своје право шкоди интересима другога, било тако што дела вођен шиканом, или дела без икаквог интереса или у каквом безначајном интересу, или неморално или непримерено или неправично. Стога адекватнијим сматрамо становиште професора Водинлића који сматра да се злоупотребом права вређа јавни интерес, те би суд о постојању злоупотребе требало да води рачуна по службеној

¹¹² В. Водинелић, *op.cit.*, стр.202.

¹¹³ Д. Стојановић, *op.cit.*, стр.57.

дужности, док приговор погођеног лица не би требало да представља нужан услов за утврђивање постојања злоупотребе права.¹¹⁴

VII. Санкција злоупотребе права

Правило је да законодавац, правилном о злоупотреби права забрањује извесно понашање или га проглашава недопуштеним, ускраћује му правну заштиту, не дефинишући конкретно која је санкција злоупотребе.

Санкција, као вид реаговања правног поретка на недопуштено понашање, биће саобразна последици недопуштеног вршења права, конкретно злоупотребе. Која ће последица наступити у конкретном случају зависи од тога на који начин титулар злоупотребљава своје право.

Професор Нинко Перић као санкцију злоупотребе права препознаје обавезу накнаде штете, која подразумева успостављање стања које је пре штетног догађаја постојало.¹¹⁵ Ово схватање нас не чуди, имајући у виду да је грађанскоправана реакција у његово доба била доминантно реактивна, и испољавала се најчешће у виду накнаде штете.¹¹⁶ Међутим, грађанскоправна санкција као вид правно организоване принуде која се предузима према одговорном лицу, у овом случају злоупотребиоцу права, поред реактивног, може имати и превентивно дејство.¹¹⁷

Проузроковање штете законом признатим правима и интересима другога, није *conditio sine qua non* за констатовање злоупотребе права. Последица злоупотребе испољава се у шкођењу, које поред штете обухвата и свако узнемиравање, сметњу или непријатност за другога.

Проф. Стојановић наводи да би у случају злоупотребе права првенствено требало одбити захтев злоупотребиоца према другом лицу, при чему постоје и случајеви када услед злоупотребе може доћи и до престанка права. То ће бити случај противречног

¹¹⁴ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.188. Тако и Благојевић-Круљ, *op.cit.*, стр.71.

¹¹⁵ Н. Перић, *op.cit.*, стр.117.

¹¹⁶ Д. Николић, Грађанскоправна санкција (Генеза, еволуција и савремени појам), Нови Сад, 1995, стр. 99.

¹¹⁷ *Ibid.*

понашања титулара који је, оклевајући да своје право врши, код другог створио оправдано очекивање да право неће вршити или да право нема.

Поред накнаде штете, која би у случају досуђења обухватала како накнаду материјалне, тако и накнаду нематеријалне штете; и то стварне штете и измакле користи, овде се титулару права може поставити захтев за пропуштањем.¹¹⁸

Професор Водинелић наводи да у случају да је злоупотреба већ извршена заштита обухвата могућност тражења забране понављања радње која представља злоупотребу права, губитком злоупотребљеног права, изложеношћу злоупотребиоца приговору којим се зауставља његов захтев, изложеношћу злоупотребиоца самопомоћи, преиначењу уговора. Уколико тек прети опасност злоупотребе – употпуњена је превентивном заштитом, нпр. тужбом за пропуштање.¹¹⁹

Можемо закључити да се правне последице на страни субјекта погођеног злоупотребом јављају у два вида: то је првенствено надокнада штете која се остварује по општим правилима одштетног права. И друго, то је потпуна реактивна и превентивна заштита која се остварује налагањем злоупотребиоцу или одређеног нечињења (нпр. да не сме подићи зид), или одређеног чињења (нпр. да снизи зид).¹²⁰

С обзиром на природу санкције, забрана злоупотребе права представља институт општег дела грађанског права, а не одштетног права, те је у том смислу у нашем праву заузет став да би принцип забране злоупотребе права требало да своје место нађе у општем делу новог грађанског законика.¹²¹

¹¹⁸ За разлику од професора Стојановића, који врсту правне заштите условљава одређеним видом злоупотребе права, професор Водинелић сматра да вид заштите није условљен видом злоупотребе права, те да је тужбу за накнаду штете, као и тужбу за уклањање или превентивну тужбу могуће подићи без обзира о ком се виду злоупотребе права ради. Види В. Водинелић, *op.cit.*, стр.186.

¹¹⁹ В. Водинелић, *op.cit.*, стр.181.

¹²⁰ С. Пауновић, *op.cit.*, стр.21.

¹²¹ Ово становиште износе професор Перовић, Водинелић, Стојановић и други.

VIII. Закључак

Институт забране злоупотребе права један је од најинтригантнијих института права уопште. Иманентан нашем људском поимању правде и правичности, прешао је дуг пут до свог свеопштег признања, да би данас био једна правноцивилизацијска тековина. Генеза и еволуција појма забране злоупотребе права јавља се као приближавање права идеји апсолутне правде.

Дуго одбијање усвајања принципа забране злоупотребе права правдано је тврдњом да се овај принцип коси са индивидуалистичким принципом, води социјализацији права и да би као коначни циљ нашао колективизам и потпуну негацију грађанских субјективних права. Међу онима који су најупорније бранили овај став нарочито се истакао професор Живојин Перић тврдећи да теорија злоупотребе права мења карактер и уништава природу приватног права јер не дозвољава да се титулар грађанског субјективног права креће у кругу своје правне власти како жели.

Но, показало се да принцип: „Твоје свето, и моје свето. Чувај своје, у моје не дирај!“ прокламован Богишићевим Општим имовинским закоником, не може опстати у чистом виду и бити руководно начело у понашању правних субјеката, те да морамо показати изванредан степен коректности у вршењу својих субјективних права.

Теоретичар који се снажно супротставио становишту професора Живојина Перића био је Нинко Перић, који је у својој докторској дисертацији можда најживописније објаснио начело забране злоупотребе права наводећи да иако је круг правне власти титулара у извесном смислу „окрњен“ принципом забране злоупотребе права, он је ипак окрњен тако да је из тог круга избачено све што је антисоцијално или неморално, али су ушла нека нова овлашћења. У погледу приватних права наша воља и даље остаје *све* или *ништа*, само су границе наше правне власти још једном померене. Губећи део својих овлашћења, друштво је добило. А ми, као део друштвеног организма, добијамо део од онога што други губе. И заиста, ако ја не смем вршити своје право само да другога штетим, не сме нико у

нашем друштву вршити своја права само да мене штети. Колико сам изгубио, толико сам и добио.¹²²

Увиђајући да свака тежња ка социјализацији права и схватању права као социјалне функције, доноси собом и значајан отпор оних који страхују за очување индивидуалистичког принципа, професор Михајло Константиновић наводи да потребу за установљавањем принципа забране злоупотребе права не треба тражити у идеји солидаризма, већ у простој чињеници коегзистенције људи и потреби да се остварују грађанска субјективна права свију индивидуа. За разлику од трансформације права од индивидуалистичког ка социјалном, која се мора извршити променом законодавства, циљеви који се желе остварити забраном злоупотребе права много су скромнији, и састоје се у простом омогућавању мирног живота у свакој заједници.¹²³

Сматрамо да је становиште професора Константиновића прихватљивије јер узима у обзир суживот људи у друштвеној заједници, те настоји да страховања противника принципа забране злоупотребе права учини неоснованим.

Овакве бројне полемике које су се развијале поводом института забране злоупотребе права, које почињу и у теоријским оквирима завршавају, умогоне превазилазе потребе праксе. Данас када се принцип забране злоупотребе права усталио и постао општеприхваћен, расправе о основаности прихватања принципа постају излишне и готово да су утихнуле, да би сам институт бивао изразито користан у пракси. Такође са жаљењем можемо приметити да наша судска пракса не обилује одлукама у којима је институт злоупотребе права препознат а понашање титулара под окриљем овог принципа санкционисано, те да потенцијали забране злоупотребе права као корисног правног института бивају неискоришћени.

¹²² Н. Перић, *op.cit.*, стр.101.

¹²³ М. Константиновић, *op.cit.*, стр.269.

Литература

1. Агостини Ерик, "Сасушивање права својине у Француској", *Анали Правног факултета у Београду*, год.34, бр.5(1986);
2. Алипани С. Аладин, „Начело забране злоупотребе права“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, 1996;
3. Благојевић Борислав, Врлета Круљ, „Коментар закона о облигационим односима“, општи део, Београд, 1983;
4. Водинелић Владимир, „Конкретизовање забране злоупотребе права“, *Злоупотреба права - зборник радова*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996;
5. Владимир Водинелић, „Субјективна или објективна концепција злоупотребе права: кључна и непремостива разлика“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр.1-3, 1996;
6. Владимир Водинелић, „Такозвана злоупотреба права“, Београд, 1997;
7. Вукадиновић Гордана, „Темељи теорије злоупотребе права“, *Злоупотреба права - зборник радова*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996;
8. Ђуровић Љиљана, „Злоупотреба права у уговорним односима“, *Правни живот*, год. 44, књ. 419, бр. 10/1995;
9. Ковачевић-Куштримовић Радмила, Лазић Мирослав, „Увод у грађанско право“, *Правни факултет у Нишу*, Ниш, 2008;
10. Ковачевић-Куштримовић Радмила, Лазић Мирослав, „Стварно право“, *Правни факултет у Нишу*, Ниш, 2009;
11. Ковачевић-Куштримовић Радмила, „Домен примене начела забране злоупотребе права“, *Злоупотреба права - зборник радова*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996;
12. Ковачевић-Куштримовић Радмила, „Скица за проучавање злоупотребе права у савременом праву“, *Живот и дело Миливоја Марковића*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995;
13. Константиновић Михајло, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.3-4, 1982;
14. Лазаревић Адам, „О злоупотреби права и његовом појму“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр.1-2, 1960;

15. Лазић Мирослав, „Генералне клаузуле и злоупотреба права“, Живот и дело Миливоја Марковића, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995;
16. Лазић Мирослав, „Злоупотреба права својине у суседским односима“, Злоупотреба права - зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996;
17. Марковић Миливоје, „Злоупотреба права“, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том III, Београд, 1978;
18. Марковић Миливоје, „Гаранције против арбитражности судије“, Живот и дело Миливоја Марковића, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995;
19. Николић Душан, „Грађанскоправна санкција“, Нови Сад, 1995;
20. Николић Ђорђе, „Немачка концепција злоупотребе права у делу Миливоја Марковића“, Живот и дело Миливоја Марковића, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995;
21. Николић Ђорђе, „Српски грађански законик и злоупотреба права“, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995;
22. Орлић Миодраг, „Савесност при стицању непокретности“, Правни живот, бр.2/1980;
23. Пауновић Станиша, „Злоупотреба права својине“, Правна пракса, бр.7-8, 2010;
24. Перић Живојин, „О обавези заштите од евикције код уговора о продаји и куповини“, Београд, 1909;
25. Перић Нинко, „Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство“, Београд, Геца Кон, 1912;
26. Петровић Милан, „Злоупотреба врховне власти“, Злоупотреба права-зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996;
27. Попов Даница, „Забрана злоупотребе права у нашем законодавству до Другог светског рата“, Злоупотреба права-зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996;
28. Поповић Милијан, „Борба за право, злоупотреба права и одговорност као морални појмови (осврт на Тасићево гледиште)“, Злоупотреба права, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 1996;
29. Радбрух Густав, „Филозофија права“, Београд, 1998;
30. Радишић Јаков, „Облигационо право“, Београд, 2008;
31. Родијер Рене, „Злоупотреба права“, Анали Правног факултета у Београду, 1960;

32. Симоновић Ивана, „Забрана злоупотребе права у француској судској пракси“, Двеста година од доношења Француског грађанског законика, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2005;
33. Стојановић Драгољуб, „Савесност и поштење у промету“, Београд, 1970;
34. Цветић Раденка, „Критеријуми за утврђивање злоупотребе права“, Злоупотреба права – зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш, 1996;
35. Vera Bolgár, Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine; *Luisiana Law Review*, Vol.35, No.5, 1975; стр.1026; доступно на <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/4>.
36. Michael Bayers, Abuse of Rights – An Old Principle, A New Age, доступно на http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarship.