

# ТЕОРИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА И ГРАЂАНСКО ЗАКОНОДАВСТВО, 1912.

## Садржај

Увод

### ПРВИ ДЕО

#### Теорија злоупотребе права

I. *одељак*. Постанак и појам теорије злоупотребе права

II. *одељак*. Злоупотреба права и римско законодавство

III. *одељак*. Доктрина

A. Присталице теорије злоупотребе права

§ 1. Субјективна теорија: *malitiis non est indulgendum*

§ 2. Објективне теорије

§ 3. Салеј и Жосеран

B. Негација појма злоупотребе права и противници ове теорије

§ 1. Планиол, Перић, Бодри

§ 2. Мартен, Есмен, Бифноар и др.

§ 3. Теорија конфликта права

IV. *одељак*. Позитивно стварно законодавство

V. *одељак*. Злоупотреба права и судска пракса у Француској

## ДРУГИ ДЕО

### Критички поглед на теорију злоупотребе права

I. одељак. Основ ове теорије

II. одељак. Критика изложених теорија

A. Критика аргумената против теорије злоуп. права

§ 1. Формални део

§ 2. Материјални део

B. Критеријум злоупотребе права и њена санкција

§ 1. Критеријум

§ 2. Санкција

## ТРЕЋИ ДЕО

### Систем српског грађанског законика

I. одељак. Доктрина

§ 1. Српски грађ. законик не признаје теорију злоуп. права

§ 2. Злоупотреба права је забрањена и по српском грађ. зак.

II. одељак. Судска пракса

§ 1. Службеност једнога пута

§ 2. Службеност једнога прозора

§ 3. Оправка куће са стране туђег имања

*Прилог*

*Errata*

Dr. НИНКО ПЕРИЋ

*Итранић*

ТЕОРИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА  
И  
ГРАЂАНСКО ЗАКОНОДАВСТВО

ДОКТОРСКА ТЕЗА

БРАЊЕНА 15. МАЈА 1912.

ИСПИТНА КОМИСИЈА:

Председник: *Г. Живојин Перић*, релован проф. Универзитета

Чланови: *Г. Сисаоје Радојичић*, члан Касац. Суда } хонорарни професори  
*Г. Dr. Драг. Аранђеловић*, министар правде } Универзитета



БЕОГРАД

КЊИЖАР ИЗДАВАЧ ГЕЦА КОН

1 КНЕЗ МИХАНЛОВА УЛИЦА 1

1912.



чнв.бр.  
870

II 870



## ПРЕДГОВОР

Публикујући своју докторску тезу изјављујем дубоку захвалност г. г. Живојину Перићу, Спасоју Радојичићу и Dr. Драг. Аранђеловићу, која су ме често својим упуштвима и саветима помагали за време мојих универзитетских студија, па и при изради ове теме. Користио сам се исто тако специјалним услугама г. г. Мих. Јовановића, председника Касационог Суда и Мих. Стојадиновића, судије Апелационог Суда, на чему им овом приликом захваљујем. Са великом благодарношћу сећаћу се недавно умрлога славног професора париског универзитета Р. Салеја, који ми је скоро до смрти своје давао обавештења о литератури по овом питању.

Посвећујем ово своје дело

† ЈЕВРЕМУ ПАНИЋУ, и

† МИЛАНУ МАРИЋУ,

великим просветним добротворима, из чијих сам фондова уживао стипендију за време студија на београдском и париском универзитету.

Париз 1912.

Н. П.

БЕОГРАД

Штампарна „Доситије Обрадовић“ — Кнегиње Љубице ул. 6.

Димитрија Гаврилковића (пређе Аде Станојевића)

1912.



## У В О Д

Право у субјективном смислу јесте извесна моћ, извесна власт, која је објективним правом (законом) призната појединцима у односу према другим лицима или стварима. Тако н. пр. субјективно је право мужевљево она законом призната власт његова према жени, по основи које он може тражити да жена заједно с њим станује и да мора за њим ићи када стан промени; тако је исто она власт, коју имам над својом ствари, моје субјективно право својине. Али и једна и друга власт, да би била и правна, треба као што видимо да буде законом призната и заштићена. Кад би се сутра закон изменио у том смислу, да у случају неспоразума супруга суд има да реши о месту њиховог становања (што у осталом не би било често неправично) онда више муж не би имао суверену власт да тражи да жена мора ићи за њим, као што то може данас тражити, чак и кад би тиме жена била принуђена да извесни посао напусти и тако се приходи породични умање. Закон је дакле тај, који нам креира права. Свако наше право претпоставља извесну правну норму, из које оно извире и у којој налази своју заштиту. Свако субјективно право према томе штити државна власт самим тим, што оно иначе не би било право, ако би му недостајало спољне принуде. С једне стране дакле држава доноси законе, с друге опет она организује једну принудну заштиту да би сачувала поштовање закона; том принудном заштитом она даје битни елемент праву. Све остале наше дужности према другим лицима, на које не можемо бити правним мерама принуђени могу у најбољем случају бити само *моралне*. Право и морал нису два појма идентична. То не значи да правни прописи могу бити и неморални; управо они не треба да буду неморални, а ако



су такви, треба их укинути. Ако право (објективно — закон) не може да заштити све моралне прописе, оно не сме да штити неморалне. Правно правило мора бити и морално, али морално не мора бити и правно. Зашто и како? Зато што је домен морални шири. И онај пропис, који нам налаже да другоме чинимо милостињу, и онај који нам каже да вратимо свој дуг повериоцу, прописи су морала, али не и права. „Тако правило, које нам заповеда да чинимо милостињу, пропис је милосрђа, и он је ван правног домена. На против пропис, који захтева да платимо свој дуг, то је пропис правичности и према томе и правно правило“.<sup>1</sup> Право и морал су два концентрична круга; унутрашњи је правни, а спољни морални. Према томе само један део моралних прописа је уједно и правни, а тај се део карактерише оном принудном заштитом, признатом правним прописима. Према томе да би се повукла видљива граница између права и морала треба само знати докле се пружа принудна заштита; ова је та која карактерише права. „Зато су Римљани и полагали много на то, да креирајући законом извесно право, одмах за њега вежу и тужбу, која му је одговарала и која је често носила име тога права, тако да ако је ово друго пропуштено било, право је остајало без санкције. Оно је највише могло бити *causam pactum*, који је рађао *obligatio naturalis*“.<sup>2</sup>

Ту принудну заштиту, којом се право карактерише, даје само држава; правни поредак не постоји ван државне организације. „Никаква правила не могу постати правна, док им држава не да обавезну снагу“... тако и обичајно право није створено без учешћа државе, јер „ако не садржину, а оно своју обавезну снагу та правила доводе од државне власти; да ли ће се пак извесна правила сматрати као правна, то не зависи од њихове садржине, већ од њихове обавезне снаге.“<sup>3</sup> Право и правни поредак постоји само онда, кад их место приватне силе буде штитила нека виша сила а њу има само држава — држава је „права домовина праву.“<sup>4</sup> Једном про-

<sup>1</sup> Baudry-Lacantinerie: „Précis de droit civil“, t. I, стр. 2.

<sup>2</sup> Ж. Перих: „Утицај судије на јавни морал“. (Скупљене расправе, 1912, стр. 263).

<sup>3</sup> С. Јовановић: „Основи правне теорије о држави“, стр. 28.

<sup>4</sup> А. Ворђенић: „Систем приватног (грађ.) права Краљевине Србије“, књ. I, св. I, стр. 4.

писавши нам круг наше слободне делатности и организовавши принудну силу, која нас задржава да се само у томе кругу крећемо држава нас поставља у положај малих суверена. Ту, у томе кругу, кругу наше правне власти, воља је наша суверена; нико нас из њега не може истерати, али се ни заједно с нама у њему кретати. „Што је чије онај има и право и располагати с оним“ — § 27 грађ. зак. „Ми смо казали да су појединци у погледу својих имовинских релација један од другог независни, да је сваки од њих *аутономан у тим границама*. Подјачимо ове речи зато, што оне и ако у главном значе само једно, имају два смисла, те им због тога и важност треба истаћи. На првом месту оне значе то, да је воља појединаца у горе обележеним међама суверена, т. ј. да је у тим међама не може воља других појединаца потиснути, нити јој може конкурисати. На другом месту, воља је појединца, у мери његовог имовинског правног круга, апсолутно немоћна чим из овог круга изађе. Јер чим она из њега изађе, она се сусреће са вољом неког другог појединца, која будући да она дејствује у границама правног поља тог појединца има суверену моћ. Воља једног лица у погледу приватно-правних односа, или је *све* или *ништа*. Средине не може бити као у међународном јавном праву.“<sup>1</sup> И заиста како би било могуће да ми у исти мах будемо у своје кругу кретања — круг, који сачињава наше право и у кругу кретања другог појединца? „Нама је познат онај физички закон, закон, који се противи томе, да једно тело може бити на два места једновремено. Кад би се кругови кретања појединаца не додиривали, као што је у ствари, већ би се секли, онда би било могуће да се ми у исто време нађемо и у своје и у туђем кругу. Али пошто се ти кругови не секу, онда је оваква могућност искључена.“<sup>2</sup>

Правни круг, домен на коме је појединац потпуно слободан кретати се, мења се по својој величини с временом на време онако као што се мењају и појмови људски о правди и моралу са развитком социјалног живота. Права, која смо имали по римском грађанском законодавству, немамо данас,

<sup>1</sup> Ж. Перих: „О интервенција у приватном праву“. (Скупљене расправе, стр. 6).

<sup>2</sup> Ж. Перих: „О обавези заштите у случају евентуалне код уговора продаје и куповине“, стр. 16.



и обратно. У оно време могли смо имати људе у својој власти као и сваку другу ствар — робове, које смо могли куповати и продавати као трговац своју робу, данас више тих права немамо. У оно време могао је отац по закону своју децу убијати, а данас су родитељи дужни да их „хране и одевају, да им тело снаже и подижу, васпитавају и душевне способности развијају“ — § 115 грађ. зак. Границе правног круга сваког појединца се померају, померају се доношењем нових закона у складу са развијањем социјалног живота; једна се права одузимају, уништавају, друга се стварају. Школа природног права данас се с правем комбатира. Не постоји природно право, право које би било за сва времена „*aequum ac bonum*“, по речима римског правника Павла<sup>1</sup>. Постоје закони у појединим земљама; закони, који зависе „од природе и принципа владавине, која је уведена или се жели увести у једној земљи, од њеног физичког кроја, од хладне, топле или умерене климе, од својства земљишта, од положаја и величине овога, од начина живота народног, од тога: да ли је он земљораднички, ловачки или пастирски; од степена слободе, коју устав може дозволити, од религије народне, од аспирација његових, од његовог богатства, броја, трговине, обичаја и моралних појмова.“<sup>2</sup>

Ма колико се право у еволуцији социјалног живота мењало, ипак свака држава доноси законе и њима тачно регулише односе међ појединцима. Ми живимо под режимом писаних закона, и права појединаца, заштићена тим законима, морају се поштовати, како је то рекао наш грађански законик у поменутој његовој одреби. (§ 27)

Али сада једно питање. Протле године пред општу седницу Касационог Суда изнет је овакав спор. По деобном поравнењу између два брата један од њих задржи право прелаза преко имања другог — службеност пута. Доцније тај се пут покаже врло незгодан за господара имања преко којег је тај пут пролазио. Пошто је титулар службености прогонио тим путем стоку, а пут је се пружао поред самих кућних врата његовог брата, то је за овога не само пут био

<sup>1</sup> *Pandus*: 11. D. 1. 1.

<sup>2</sup> *Montesquieu*: „*L'esprit des lois*“ кн. I. гл. 3. стр. 10. в. *Savigny*: „*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“. Heidelberg. 2. изд. 1826.

незгодан, него је и живот његове деце био у опасности. Овај, господар послужног имања, уступао је брату преко истог имања други пут само за десет метара даље да би тако опасност отклонио. Међутим господар службености није хтео повуду примити. Зато се први обрати суду тражећи да суд примора титулара службености да прими нов пут доказујући да нови пут није ништа незгоднији већ чак и угоднији за овлашћено лице. Овај је пак изашао с категоричном изјавом: да он има *право* на први пут и да га се не тиче што власник послужног добра има од њега непријатности и штете.<sup>1</sup>

Ствар је у овоме. Титулар службености пута има право на пут по деобном поравнењу, о томе нема спора. Све што тужилац тврди, то је: да је од старог пута изложен великој опасности, да нови пут ништа није незгоднији од старог и да његов брат не примајући други пут врши своје право једино у намери да му напакости и да га штети. Да ли је законом заштићено и такво вршење права? Може ли суд *натерати* једно лице да се *одрече свога права* кад уживање тога права њему не користи, а другог штети?

Тако добијамо једно генерално питање. Од овога конкретног спора, који смо овде унели да само боље објаснимо наше питање, ми прелазимо на општу тему. Није више у питању ни Петар ни Станко, тако се баш браћа и зваху, већ је у питању један принцип: је ли човек толико слободан у кругу својих права, да ова може уживати и *када њему не користе а другог штете*? Питање ово, и ако генерализовано, оно је узето из живота, а као такво оно нас се непосредно дотиче. Напоменућемо да је Касациони Суд својом одлуком по овоме спору дао један погрешан преседан и да ће наша судска пракса идући тим путем нанети много неправде појединцима, али о томе ћемо доцније опширније говорити. Но сем тога ово је питање и једно од најтежих теоријских питања, које се од скорог времена почело опширније претресати у литератури под именом „теорија злоупотребе права“, а о томе ћемо почети одмах говорити да би смо на тај начин добили чист и јасан појам о самој теорији, о њеној страниј литератури и њеном продирању у нова законодавства, те бисмо тако овоме питању створили једно место у систему приватног права.

<sup>1</sup> в. „Полицески Гласник“ 30. окт. 1911. год.



ПРВИ ДЕО  
ТЕОРИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА

І. ОДЕЉАК

Постанак и појам теорије злоупотребе права.

Ми смо већ обележили карактер субјективних права. За опстанак и развјатак људског друштва потребно је свакоме појединцу одредити једно поље у коме он добија слободу за живот и развјатак своје делатности; потребно је утврдити једну невидљиву границу његове слободне акције. И само у томе пољу, у тој свери, човек дела *quod iustum est*, изван те свере он врши туђе право, залази у сверу слободног кретања и акције другог појединца. Крећући се пак и у самој тој свери човек штети другога, наноси уштрба личности и имовини овога, као што на пр. отварањем радње ја штетим онога трговца коме одвучем један део клијентеле или као што отпуштајући радника о уговореном року штетим овога ако он остаје после без посла; али зато ја не одговарам за те штете. Живот је човечији вечита борба и надметање, и сваки наш акт скоро наноси штете другоме, али појединац ће бити одговоран другоме за штету само ако изађе из свере својег слободног кретања, ако учини нешто, на што *није имао право: qui suo iure ititur neminem laedit*. Ко врши своје право никоме не одговара за штету, коју би му тиме нанео. Ништа природније. „То не би више било право, ако би се оно могло вршити само тако, да се накнади штета ономе, ко трпи од тог вршења“.<sup>1</sup>

Према томе изгледа да је законом увек прецизиран домен аката дозвољених и недозвољених, да је строго повучена гра-

<sup>1</sup> *Larombière*: „Theorie et pratique des obligations“ t. VII. стр. 543.



лица између права и неправа. Сваки би имао само да заузме свој терен и да се креће у њему као какав мали суверен. Нека од таквог мог кретања други трпи штету, ја бих судски био неодговоран: *feci, sed feci iure*. Учинио сам, али сам то учинио с правом. У ствари тако није; људски се интереси не само боре без одмора, већ се и толико укрштају да законодавцу није могуће створити за сваког појединца једно неповредљиво прибежиште. Лако је рећи да човек не подлежи никаквим одговорностима, док се креће у границама своје власти, али је тешко одредити где је та граница. Где престаје моје право, а где почиње туђе? Заватлија, који у својој радионици толико дупа да цела околина нема мира, да ли је још у домену свога права, или је из њега изашао? Хоћемо ли затворити човеку радионицу, кад он не може без дупњава да ради, или ћемо патерати околицу да споси сву ту дупњава, која јој по цео дан досађује? „Ако је А слободан, вели Јеринг, да врши све акте, који према месту где се извршују, остају строго на његовом земљишту и у атмосферском простору над тим земљиштем, он је тада у могућности да растера све суседе и да их примора да му продаду своје имање пошто — зашто. Он ће метути на своје земљиште какву лешину, која ће заразити околни ваздух. Ископати кладенац са извесним супстанцијама, које кваре земљу суседову; подићи фабрику чија експлоатација потреса суседово земљиште и услед чега падају оближње куће, чији дим сатира околне усеве или чија огромна топлота по цео дан досађује околини; он ће на граници свога имања ископати дубоку јаму услед чега ће се срушити зид суседов и т. д. Чинећи све то он остаје строго у границама свога права својине; он дакле не наноси *директно* никакву повреду правној свери лица В. Овај трпи само последице радње лица А. Ако је то довољно да скине са овога сваку одговорност за своје акте, В-у не би остало ништа друго до да прибегне репресалијама и нападиут водом и димом да се брани топлотом, туђавом и потресима. Таква је ситуација немогућна, то би било стално стање рата међ суседима“.<sup>1</sup>

Појавили су се примери у пракси да је неко вршио своје право само за то и једино у том циљу да другог штети.

<sup>1</sup> „Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins“, trad. française. (Meulenaire), sv. II. „Oeuvres choisies“, стр. 143.

Подизале су се високе ограде на имању само да се суседу закљони светлост на прозорима, копале су се јаме само у циљу да се пресече извор суседу, који је избијао на земљишту овога ит.д. Тада се више не врши право у његовом економском и социјалном циљу, који му је законодавац наменио, то није више употреба права то је његова употреба на зло — *злоупотреба* (abus, Missbrauch). Ко по основи мужевље власти тражи да жена мора ићи за њим и с њим становати и онда кад се он само из пакости и шикане сели у неке далеле и забачене крајеве, тај показује само злобу, оно што друштво не може да трпи. „Свако је право, вели Жосерац, позвао да се креће једним одређеним правцем... Зар није природно, да чим је право скренуло са свога циља, сва штета њиме проузрокована буде на терету свога титулара, који га је изигравао, који је се њиме тиграо? Може ли се трпети да се један сопственик служи својим правом, под изговором да је оно апсолутно, у накосним и злобним намерама, и да нпр. копа јаме на своме земљишту у једином циљу да пресече извор суседу и ако од тих одкопавања он нема никакве користи? Закон нам није дао права да би смо њима свом суседу наносили штету, нити нам у том циљу гарантује њихово уживање: повреда туђих интереса може, под условом да се не претера, бити законита *последница* наше делатности, али никада та повреда не сме бити једини *мотив* наше делатности“.<sup>1</sup> Са постанком и развитком идеје солидарности, идеје, која је лепо персонификована још у бајкама „Хиљаду и једне ноћи“, где се износи како је једном дух с мачем у руци казнио човека што је бацајући око себе коштице од урме убио једног „ваздушног становника“, са све већом тежњом да сваки онај, који живи у друштву, води рачуна не само о свом личном интересу, већ и о интересу свих оних, с којима живи у истом друштву, свако вршење права, које иде само за тим да другог штети, сматра се као неморално и неправично. Ма колико под утицајем егоизма човек гледао да се отргне од социјалних веза, да не плаче што „Рим гори“, друштво је ту да сваки такав антисоцијални дух сузбије у његове нормалне границе. А човек који врши своја права и онда кад од тога вршења нема никакве користи, а другог

<sup>1</sup> L. Jossierand: „De l'abus des droits“. Paris. 1905. стр. 5.



штети, испољава samo пакост prema svojim bližnjima, protiv čega se „mora moderno zakonodavstvo boriti“.<sup>1</sup>

Tek kada je se pojavio novi nemački građanski zakonik<sup>2</sup> pre nekoliko godina sa jednom ovačkom odredbom: „Vršenje jednoga prava nije dozvoljeno, kad ono ima za cilj samo to da drugoga šteti“,<sup>3</sup> tek tada je ovo pitanje o злоупотреби права obratilo na sebe pažnju pravnih pisaca i od tada se ono tretira pod imenom „teoriја злоупотребе права“. Ми ћемо видети да је та теорија врло давнашњег порекла; старијег, него што се у први мах и мислило, аки никада она до данас није изишла на дневни ред у обиму, у ком је то данас учињено. Она је придобила за себе велики број правника, али исто толико и противника. У колико се с једне стране писало о дубоком моралном значају ове теорије, која има да осигура реализацију права само на добро људске заједнице и да заштити право од еготизма и але ђуди, у толико се с друге стране вели: „Племенита идеја, али дали и тачна? Људи проводе свој век наносећи штете једни другима; живот друштвени је вечита и општа борба; свака радња, сваки посао је дело економске конкуренције; сваки човек, сваки народ, који другoga надмаша у извесној грани делатности, штети овога, и то је његово *право да га штети*. Такав је закон природе и човечанство нема интереса да се против тога бори, јер је то једини стуб његове енергије“.<sup>4</sup> Како је наша комисија за израду новог грађанског законика узела за углед немачки, који је „највеће правно дело прошлога века“,<sup>5</sup> то ће бити врло важно питање: шта ће радити кад дође до поменутог § 226. овога законика? Зато ћемо у првом делу наше студије разгледати досадашњи историјски развитак ове теорије, њену доктрину и страна законодавства, а у другом делу бацити један критички поглед. Како је опет питање ово постављено пред нашим судовима, то је потребно разгледати како се оно мора решити по данашњем нашем грађанском законика. А то ћемо учинити у трећем делу ове расправе.

<sup>1</sup> Д-р Д. Аранђеловић: „О одговорности за накнаду штете“, стр. 19.

<sup>2</sup> Довет 1896. год. а ступио на снагу 1900. год.

<sup>3</sup> „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann einem anderen Schaden zuzufügen — § 226.

<sup>4</sup> М. Planiol: „Traité élémentaire de droit civil“, t II, стр. 290.

<sup>5</sup> R. Saleilles: „L'Introduction à l'étude du droit civil allemand“. Paris, 1904. стр. 3.

## II. ОДЕЉАК

### Злоупотреба права и римско законодавство.

Још није прошло време у коме раднике на пољу приватнога права интересује римско законодавство и то време неће скоро проћи, ако у опште и прође. Ма колико се оно разликовало од модернога законодавства с погледом на развитак социјалнога живота и моралне појмове доцнијих друштвених генерација, римско законодавство остаје и остаће за сва времена један пример колосалног и плодног правничког покрета. Ма колико оно носило на себи отиске савременог живота; отиске, који нам данас чак могу бити и несимпатични и изгледати неморални, као што је респектовање установе ројства, ипак здраво правничко резоновање тадашњих великих правника као што је један Улпијан, или Павле, Прокул и др. изазива у нама дивљење и респект и ми се на овоме месту обраћамо Римљанима из тога разлога, ма да се њихово законодавство може узети и као интересантан историјски податак. Још нешто: римско је законодавство дуго служило као подлога европском законодавству чак и модернијег доба. Оно је било подлога, да приђемо ближе, за израду аустријског грађанског законика од 1811. год. а по угледу на ој израђен је и српски грађански законик од 1844. год.

Како је се дакле римско законодавство држало према појединцима који би вршили своја права само у том циљу да другoga штете? У томе се питању правници не слажу. Требало је законике Јустинијанове, који представљају врхунац у развију римскога законодавства протумачити тачно и јасно и то се још није постигло; ако је и протумачено ма скоје стране тачно, то тумачење још није примљено једногласно, тако да данас ми видимо и већину и велике правнике на погрешном путу. По једном мишљењу римско је право тачно регулисало појединцима слободно поље њиховог правног делања и ту, у том пољу, појединац је потпуно суверен. Сваки је господар својих права и према томе ко их ужива тај не подлежи никаквој одговорности па ма се то уживање сводило једино на општећење другoga. Томе гледишту служи за подлогу доста завољива и примамљива формула, која се налази у Дигестима и по којој: „Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur“<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Gaius: 55. D. 50. 19.



као и она друга: „*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*“.<sup>1</sup> Обе ове формуле збиља категорично тврде, да ко врши своје право тај другог не штети т. ј. и ако га штети, он не одговара, јер је вршио своје право. Исти смисао има и овај пропис: „*Non videtur vim facere, qui suo iure utitur*“.<sup>2</sup> Помиње се у прилог тога гледишта и ово место из Дигести: „*Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*“.<sup>3</sup> А то значи да, и ако немам службеност на суседовим кућама, ипак ја не подлежим одговорности у случају да својим грађевинама закљоним светлост која долази његовим кућама. Планиол и Бодри Лакавинери у својим уџбеницима грађанског права скрећу пажњу још на један пропис римског законодавства. А по том пропису сопственик не одговара ако би откопавањима на свом земљишту пресекао извор суседу.<sup>4</sup> Па ипак прве формуле, које смо навели најјачи су аргуменат овоме првом мишљењу. Ето отуд се често као општа формула и без икаквих ограничења помиње она: *qui suo iure utitur nemini facit iniuriam*.

Тако Бодри вели: „У римском праву је важио принцип да нико не одговара за штету другоме, коју би му нанео вршећи своје право... Римски су правници ову идеју изражавали у добро познатим формулама: *nullus videtur dolo facere*... и *nemo damnum facit*...“<sup>5</sup> Исто мишљење имају и Планиол<sup>6</sup> и Вехтер. „Овлашћени може, вели овај последњи, своје право вршити до његових крајних граница, па ма оно било и непријатно или чак и сурово за обвезаног (*qui suo iure utitur neminem laedit*). Отуд се може чак и онда право вршити ако се дела из рђавих мотива, јер докле се год човек креће у кругу свога права, не испитују се *мотиви* његовог делања“.<sup>7</sup> Исто тако и Рипер и Арнесберг у својим „Пандектама“ веле: „Вршењу права ништа не смета, што се њиме други штети,

<sup>1</sup> *Paulus*: 151. D. 50. 17.

<sup>2</sup> *Paulus*: 155. D. 50. 17.

<sup>3</sup> *Ulpianus*: 9. D. 8. 2.

<sup>4</sup> *Ulpianus*: 26. D. 39. 2.

<sup>5</sup> „Des obligations“ ed. 3. t. IV. 1907. стр. 536.

<sup>6</sup> „Traité élémentaire de droit civil“, ed. 3. t. II. стр. 293.

<sup>7</sup> „Pandekten“. 1880. св. I. стр. 189. Исто и *Kreinz*: „System des allgemeinen Privatrechts“, I. стр. 151.

а ономе, коме оно припада ништа не користи“.<sup>1</sup> Жосеран налази два, три примера у римском законодавству из којих се види да је злоупотреба права забрањена била и у то доба (у ствари му је само један пример тачан у смислу ове теорије). Ипак он вели: „Ни у Риму ни код латинских народа овај се појам није развио до систематизације; германске су земље имале да буду згодан терен за цветање те теорије“.<sup>2</sup>

Тако је правило: ко врши своје право никога не штети, генерализовано и по томе гледишту за Римљане и њихово доба није било неморално да човек врши своја права и једино у циљу да другог штети. То долази по Е. Леви-у и од самог стања примитивног друштвеног живота. У примитивним законодавствима, вели он, права и дужности су појединачна много простија; тада се „тачно знао круг делатности сваког појединца, пространство и границе његове правне способности. Могло се тачно рећи кад и у ком моменту радња постаје слободна, а кад престаје то бити. Нарочито се није знало у принципу за какав правни однос међ лицима која нису везана уговорним односима: сваки је заиста живео као изолован на домену својих права и својих обвеза“.<sup>3</sup> Отуда француски правник Рипер пише: „Римљани су дали својим правима карактер своје расе; индивидуалист и неограничени господар, такав је сељак римски; апсолутна и неограничена бар теориски била је својина квиритарна... Без сумње било је ограничења њиховим апсолутним правима, али та ограничења, то су службености, које висе над послужном земљом онако као што је роб потчињен власти свога господара. Заиста сопственик је могао некад одговарати, али то само кад учини деликт. Иначе охол и слободан сељак римски апсолутни је господар својих права и његов *vicinus* није му природни савезник, већ природни непријатељ“.<sup>4</sup>

По другом пак гледишту очигледна злоупотреба права, вршење овога само у циљу да се други оштети, није била

<sup>1</sup> „Пандекте или данашње римско право“, прев. А. Ђорђевић и Др. Д. Мајушковић; књ. I. стр. 196.

<sup>2</sup> *Josserand*: loc. cit. стр. 12.

<sup>3</sup> *Etiam Levy*: „Responsabilité et contrat.“ (Revue critique de législation et jurisprudence — Paris. 1899. стр. 362).

<sup>4</sup> *G. Ripert*: „De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines.“ Aix, 1902. стр. 78.



допуштена ни у римском законодавству. И док Кик тако мисли кад је реч о праву својине<sup>1</sup>, дотле Виндшајд генерално правило потпуно супротно оном првом гледишту. По њему у опште вршење права по римском законодавству није било дозвољено, ако оно другога штети а титулару ништа не користи<sup>2</sup>. Ми нећемо ређати имена писаца који усвајају то гледиште; оно што је важно, то је: који су аргументи за ово гледиште. Ту су често правници застајали и нису се дубље упуштали у истраживање тих аргумената, ма да су многобројни и по нашем мишљењу врло јаки<sup>3</sup>.

Тако налазимо прво у Дигестама одмах иза поменутог прописа по коме сусед не одговара ако би грађевинама спречио светлост или откопавањима одврати воду другоме, један овакав пропис: „*Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit nihil posse agi nec de dolo actionem et sane non debet habere, si non animo vicini nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*“<sup>4</sup>. Према томе против сопственика, који на свом имању врши откопавање и пресече извор суседу не може се подићи никаква тужба, на ни *actio doli*, али само тако ако је он вршио откопавање да би своје имање побољшао, а не и онда ако је делао „*animo vicino nocendi*“, т. ј. једино у намери да суседа штети. Тако имамо један леп пример из кога се види да је вршење права једино у циљу да се други оштети било забрањено.

Затим у истој књизи и истом титулусу Дигести налазимо овај пропис: „*Idem Labeo ait: si vicinus flumen torrentem avertit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sic effectum,*

<sup>1</sup> E. Cuij: „Les institutions juridiques des Romains“, 1908. т. II. стр. 193. „Сопственик не може, вели он, вршити своје право једино у циљу да другога оштети: *malitias non est indulgendum*.“

<sup>2</sup> „Lehrbuch des Pandektenrechts“, св. I. стр. 525. исто гледиште заступа F. Thibaut: „System des Pandektenrechts“, стр. 168; H. Fromagelot: „De la faute comme source de la responsabilité en droit privé.“ Paris, 1891. стр. 77; Dr. Д. Аранђелоскић: „О оштећењу право половине код теретних уговора“, (прематхано из „Бранича“), стр. 15. и Dernburg у својим „Пандектима“ Bd. 4. § 41. стр. 93.

<sup>3</sup> Видети: Dr. E. Steinbach: „Moral als Schranke der Rechtsausübung und des Rechtserwerbens, Wien 1898; — E. Wenderroth: „Die sogenannte Chikane nach römischem Rechte und dem bürgerlichen Gesetzbuche“, Erlangen, 1898.

<sup>4</sup> Ulpianus: 1. 12. D. 39. 3.

*ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcende non posse... quae sententia verior est si modo non hoc animo fecerit ut tibi noceat, sed ne sibi noceret*“<sup>1</sup>. А то значи да се не може против суседа, који са свог земљишта одврати воду и тиме другоме нанесе штете, подићи *actio pluviae arcendae*, али само ако је он тиме себи отклонно штету, а не ако је делао једино „*ut tibi noceat*“, т. ј. у намери да тебе оштети.

Правник Павле усваја и ово гледиште: „... *aggerem qui in fundo vicini erat vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret... Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor, utilem actionem vel interdictionem mihi competere adversus vicinum si velim agerem restituere in agro eius qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*“<sup>2</sup>. Према томе ако вода обори насип на земљишту мога суседа и тако сливајући се на моје земљиште мене штети, ја не бих могао подићи против суседа тужбу *aquae pluviae arcendae*, али ми се мора дозволити *actio utilis*, или интердиктум ако бих ја хтео да подигнем поново насип на његовом земљишту, који мени може користити, а њега не штети. „То тражи, вели, правда, ма да на то немамо право.“

Ако би исто тако неко био осуђен да врати једну ствар сопственику њеном, на којој је он намалао извесне слике, онда их он не би могао избрисати ако тиме хоће само да напакости сопственику. И тим се поводом вели у Дигестама: „*Neque malitiis indulgendum est*“<sup>3</sup>. Тако се прокламује абилја један принцип по коме се пакост и зла воља у праву не трпи, а то није ништа друго до помелути § 226. нем. грађ. законика.

Затим од Помпонија је узет овај цитат за Дигесте: „*Equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnantis erat eiecit, quaerebatur dominus eius possetne cum eo, qui coegisset lege Aquilia agere qui equam in iciendo ruperat? Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse*“<sup>4</sup>. Помпоније је усвојио ово гледиште од Муција и по њему

<sup>1</sup> Paulus: 2. 9. D. 39. 3.

<sup>2</sup> Paulus: 2. 5. D. 39. 3.

<sup>3</sup> Celsus: 38. D. 6. 1.

<sup>4</sup> Pomponius: 39. D. 9. 2.



ако би ждробна кобила пасла на туђем земљишту, па је сопственик земљишта толико тукао и вијао при изгоњењу, да је побацила, могао би сопственик кобиле подићи против овога *actio legis Aquiliae* само ако би доказао да ју је овај намерно толико вијао да побаци.

Затим у Дигестама имамо од Улпијана узето ово место: „*Si publicanus rei suae abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid me factum, quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse, Labeo ait: sane dolo caret si tamen ideo inclusit, ne pascatur, et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia*“<sup>1</sup>. Порезник је дакле дужан да отера моју стоку за порезу и, ако би некад погрешно, па би је отерао а није на то имао право, ипак се не може против њега подићи тужба *vi bonorum raptorum*; али ако би се доказало да је он отерао моју стоку једино у пакосном и злобном циљу да стока не пасе и угине од глади, по преторској пракси коју је усвојио Улпијан могла би се подићи против њега тужба за нападну штету.

У Јустинијановим Институцијама опет пише: „*Expedit rei publicae ne sua re quis male utitur*“<sup>2</sup>. Реч је била на том месту о вршењу власти господарева над робовима. Законодавац прописује да никоме није дозвољено да „на своје робове прекомјерно кидише“<sup>3</sup> пошто, по наведеном цитату држава мора да се стара, да се нико својом ствари не служи несавесно — да је не злоупотребљава. У својој 63. новели Јустинијан строго забрањује да неко може само ради пакости и шикане подићи и сувише високе зидове и заклонити суседу изглед на море и срањује такав акт са лоповлуком и злочинством. По једном примеру видимо да је наше питање дискутовано и у римској правној књижевности. У Дигесте је узето једно мишљење Јаволеново, којим се такође хоће да сиречи вршење права једино у циљу да се суседу напакости и да се овај оштети, а којим је он добијао обратно гледиште Лабеево. „*Si inferiorum dominus, veli se tu, aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes, quid aut proicerit, aut infuderit,*

<sup>1</sup> *Primum*: 2. 20. D. 47. 8.

<sup>2</sup> 2. J. 1. 8.

<sup>3</sup> „Институције“ у преводу Др. Л. Баковића, стр. 20.

*negat Labeo, iniuriarum agi posse; quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendi causa immititur*“<sup>4</sup>. Ако је дакле сопственик једне куће што бацао или изливао на нижу кућу другога или је сопственик ове пуштао дим да надими вишу кућу, по мишљењу Јаволеновом то је недопуштено и може се тражити накнада учињене штете ако су ти акти вршени „*iniuriae faciendi causa*“, т. ј. да се само сусед вређа и шиканира.

Да је забрана вршења права једино у циљу да се други оштети била и у духу римског законодавства могу нам послужити као доказ још многи други његови прописи, којима је се забрањивала превара, извртање смисла законских текстова, лукавство, непоштење и т. д. „*Juris praecepta sunt haec, veli se u Justinianovim Institutijama: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*“<sup>5</sup>. Правна су дакле правила: поштено живети, никоме штете не чинити, свакоме своје признавати. Полазећи од тих основних принципа римско је право забрањивало да дужник враћа свој дуг повериоцу „*inopportuno tempore vel loco*“, т. ј. у невреме и на негодном месту. Оно је исто тако забрањивало дужнику средством *actio pauliana* да распрода своје имање или ступи у опште и тако оштети личне повериоце. У класичној епоси римскога права, вели Акарија, парничари су морали да положе заклетву да парницу воде *bona fide* (савесно). Тужилац, који на то не би пристао, губио је право на тужбу, а за оптуженог се сматрало као да је признао потраживање. Постојала је и нарочита казна за онога, за кога се докаже да је се парнично у злој намери. За тужиоца *judicium calumniae*, која је имала за предмет извесну суму новца, равна десетини вредности спора и то је припадало оптуженом, ако докаже злу намеру тужичеву. За оптуженог двострука осуда у случају *infamatio*, а у извесним случајевима *infamia*<sup>6</sup>. Отац је могао по Јустинијановом законодавству искључити децу из наследства само из тачно законом предвиђених разлога; он не би дакле своје право екстередиције могао злоупотребити и вршити га једино из мржње према својим наследни-

<sup>4</sup> *Javolenus*: 44. D. 47. 10.

<sup>5</sup> 3. J. 1. 1.

<sup>6</sup> *Africanus*: 39. D. 46. 3.

<sup>7</sup> *C. Accarias*: „Précis du droit romain.“ t. II. стр. 974.



цима. И сама установа претора имала је за циљ да спречава лукавства и преваре, да морализује и ублажи сурове принципе *ius civile-a*, тако да је сам претор често спречавао вршење извесних права. Ако је једно лице имало извесно потраживање од другог, потпуно основано на *ius civile*, али је у ствари било извесног непоштења „претор је се чувао да одрекне потпуно обавезну снагу ове правне везе и мимо њене неоспорне неправде. Но обратили се поверилац суду да тражи наплату дуга, он би тад био одбијен са *exceptio doli* — оружје чисто одбранбено у процедури римској, чим је био снабдевен његов противник помоћу претора. Претор није ништа саму тражбину, само је давао средство да је парализује бесконачно. Просто речено: поверилац је остајао поверилац, али дужник никад није плаћао свој дуг<sup>1</sup>.“

Дакле у римском законодавству постојала је формула: *qui suo iure utitur neminem laedit*, али је то био један општи принцип, који је имао своје примене и свога значаја. Ко н. пр. отварањем трговачке радње одвуче другоме један део клијентеле тај не одговара за штету, коју је овоме нанео, јер је вршио само своје право. Али ако је тај принцип постојао за нормалне случајеве, постојао је и за све оне случајеве, у којима би неко вршио своје право само и једино у циљу да другог штети, други принцип као коректив и допуна овога првога, а то је: *malitiis non est indulgendum*.

### III. ОДЕЉАК

#### Доктрина.

#### А) — Присталице теорије злоупотребе права.

#### § 1. Субјективна теорија: *malitiis non est indulgendum*.

Систематисати и средити све што је речено у правној доктрини поводом ове теорије врло је тешко, ако се не бисмо ограничили само на просто ређање једног по једног мишљења правних писаца. Тешко је за то, што нису правници писали о овом питању на једном истом терењу. Док у

<sup>1</sup> J. Cruet: „La vie du droit et l'impuissance des lois.“ Paris, 1908. стр. 29.

Немачкој, као што смо видели, постоји једна законска одредба која је санкционисала ову теорију, те се немачка доктрина бави већином тумачењем те законске одредбе, докле се у Француској књижевности опет писало о томе: како ће се питање решити по њеном грађанском законнику, кад овај о целом том питању ништа не говори. Остале земље имају своје законике и ако је шта писано у правној њиховој књижевности, то се односи на тумачење дотичног законика. Да бисмо дакле у овом одељку имали једно чисто теориско третирање питања ми смо учинили овакву поделу. У засебном делу говорићемо о систему српског грађанског законика и доктрини која се на њега односи. Како је нашем законнику служило за углед и основицу аустријски и како је њихов систем исти као и наш, то смо у тај део унели и аустријску доктрину. Све ће то бити у трећем делу наше студије. Немачку литературу изнећемо кад будемо тумачили немачко законодавство, пошто ћемо у засебном одељку говорити о позитивном страном законодавству. На овом пак месту изабраћемо из све доктрине она гледишта која би о самом питању начелно говорила. А та је доктрина поглавито француска, јер када је се у Француској појавило питање о злоупотреби права у судској пракси, онако као и код нас, онда немајући законског текста, који би то питање расправио, не само што је почео спор о томе да ли у опште да се усвоји теорија злоупотребе права, већ и како да се усвоји. Шта ће бити критеријум, по чему ће се злоупотреба познати? Правници француски су се више овим питањима теориски бавили и ми ћемо што је могуће исцрпније изнети какво гледиште заузима њена доктрина — тим пре што је Француска пред законодавном реформом, те је природно да се тек сад у њој претресају питања, о којима би се законодавац имао ускоро бавити.

Да се правници француски сете овога питања и да га расправљају повод су били појављени случајеви у судској пракси, оно што је, видели смо, и нас највише натерало. „Наши правници, вели Жосерап, представљају у погледу овога питања, као и у погледу толико других, крајњу позадину савременог правног покрета. Важно је и скоро невероватно да су судови могли за време више од половине века развијати до савршенства једну теорију која у доктрини није ни



запажена; правничка је дела не указиваху ма и несавршено, а она је ево на путу да обнови цело наше право<sup>1</sup>.“ Јуриспруденција дакле у контакту са животом прва је дала своју реч о овој теорији и ми ћемо доцније изнети њено гледиште. Правници су пак прихватили те њене пресуде и том приликом су износили и своја гледишта. Отуда у појединим списима француских писаца налазимо оваква места: „Тужба за накнаду штете може се подићи и ако сопственик остаје у границама свога права, ако је он делао у злој намери, у намери једино да другога оштети или је био у великој небрижљивости (*la faute lourde*). У таквом случају није више реч о томе да ли је сопственик прешао или не границе свога права; реч је о томе, остављајући питање о праву својине на страну, да се спречи један недозвољен акт, да се накнади штета за грађански деликт или квазиделикт. Тако један сопственик не би могао подићи према прозору свога суседа лажап димњак једино у намери да закљони отвор и спречи суседу светлост коју овај кроз тај отвор добија<sup>2</sup>.“ Исто тако по Ларомбијеру „да би вршење једног права било потпуно загарантовано неодговорношћу, треба да се оно врши паметно и опрезно, да се не злоупотреби и да се не пређу границе правичности. Злоупотреба коју би неко учинио вршећи своје право на начин штетан за другога обвезала би га да накнади штету коју је причинио. У толико пре он би био на то обвезан ако би између више начина уживања свога права изабрао из пакости и једино у намери да другога оштети онај начин који би био најштетнији за другога. Пакост је више по кривица (*la faute*) и не заслужује никаквог обзира<sup>3</sup>.“ Сурда вели да закон није могао предвидети све повреде интереса појединаца, које се морају накнадити, али ипак за то „вршење наших права треба да буде ограничено божанским принципима милосрђа, који нам заповедају: да ништа не чинимо другоме, што не бисмо желели да други нама чине... Ми мислимо да би заиста било кривице и деликта у смислу чл. 1382. *cod. civ.* од стране онога, који би имајући више начина да врши своје право изабрао

<sup>1</sup> *loc. cit.* *crp.* 17.

<sup>2</sup> *Baudry-Lacantinerie et Cheval:* „Des biens.“ *crp.* 165.

<sup>3</sup> *loc. cit.* *crp.* 547.

онај начин, који је за другога штетан<sup>1</sup>.“ Тулије понавља ове последње речи, које, видећемо, нису ништа друго до једна законска одредба пруског грађанског законика и додаје да не бити одговоран ко врши своје право само ако „пређе границе правичности<sup>2</sup>.“ Исто тако и Дома вели: „Онај, који вршећи неке промене на свом земљишту врши своје право не вређајући ни закон, ни обичај ни уговор, којем би се морао потчинити у односу према својим суседима, не одговара за штету, која отуда произлази, сем ако се те промене не врше једино у намери да се други оштети, јер то би била злоба, коју правичност не би никако трпела<sup>3</sup>.“

Морамо да обратимо пажњу на три разне ствари. Пре свега правници ови не дозвољавају да се право врши само у злобном и пакосном циљу без интереса по титулара, а од штете за другога, и ако *закон* то не забрањује. Они дакле сматрају да је то један принцип који се разуме по себи. Истина они се труде да га подведу под члан 1382. *cod. civ.* по коме: „Свако дело човечије, које другоме наноси штету, обавезује онога, чијом је се кривицом десило, да је накнади<sup>4</sup>.“ Међутим далеко је од тога да је ова законска одредба мислила на питање о злоупотреби права. Она је имала за циљ да казни оно делање, које „другоме“ нанесе штету, т. ј. туђим правима, *ergo* треба да је неко делао бесправно, па да је дужан накнадити штету, а не ако је вршио своје право; јер ко врши своје право тај не вређа туђе и не би се ваљда на основу ове одредбе неко натерао да плати накнаду штете свом конкуренту што му је отварајући радњу одвукао један део клијентеле или што би патрон отпустио радника о року, који је после остао без посла. Не накнађава се штета зато што је нанета, већ зато што је *бесправно* нанета. Треба дакле да су акти, чији је једини циљ да другога штете, забрањени, па да би били противправни и да би се штета морала накнадити. Они међутим законом нису забрањени, али

<sup>1</sup> *Sourdât:* „Traité de responsabilité“ — т. II. *crp.* 547.

<sup>2</sup> *Toullier:* „La droit civil français.“ — т. XI. *crp.* 151.

<sup>3</sup> *Domat:* „Lois civiles.“ т. II. чл. 3. У истом смислу и *Beudant:* „Cours de droit civil français.“ (Le contrat et les obligations 1906. *crp.* 756).

<sup>4</sup> „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel, il est arrivé, à le réparer.“



нису ни изрично дозвољени, те их ови правници сматрају као недозвољене, јер пакост, како вели Ларомбијер „не служије никаквог обзира.“

Затим правници су ови стали на терен грађанске одговорности (*la responsabilité civile*). Док је немачки законодавац о овом питању говорио у општем делу грађанскога законика и по њему је вршење права „недозвољено... и т. д.“, а да ли ће бити одговорности за накнаду штете, то зависи од услова, који се морају испунити, па да једно лице буде одговорно другоме за накнаду штете, а ти су услови регулисани засебним прописима, дотле ови правници поведени јуриспруденцијом не говоре о томе: да ли је дело недозвољено или не, већ да ли ће се *накнадити штета или не*. А то је двоје различито; може један акт бити недозвољен, па да се ипак не мора накнадити штета. По свима модерним законима треба да је учинилац штете *крив* за нанету штету, т. ј. да је био непажљив или ју је намерно напео, па да је обавезан накнадити штету. Тако ко другоме случајно убије коња, ма да је то дело недозвољено, ипак не мора накнадити штету чим дело није ни намерно учињено нити је било непажње. Ми ћемо о томе говорити доцније више, за сада ово напомињемо јер је свакако и то био разлог за трећу примедбу, коју имамо да учинимо.

Правници су ови схватили појам злоупотребе права у чисто субјективном смислу. Злоупотреба права! Сама та реч показује несавесност, алобу, пакост и према томе злоупотреба права биће, ако титулар права дела „једино у намери“ да другог штети. Дакле *намера* је та, која карактерише злоупотребу. Да ли ће, или не, бити злоупотребе суд има да испитује према томе, да ли титулар дела из пакости и шикане и да ли има циљ да другог штети или бар да је у великој непажњи (*la faute lourde*). А изискивање ових елемената свакако долази отуд што треба накнадити штету, па је потребно да је учинилац штете крив, те да би је морао накнадити. Тај елемент (намера) дао је повода противницима ове теорије, као што ћемо видети, једно јако оружје у њеном комбатирању.

Али не само што су ови правници у Француској на терену грађанске одговорности дефинисали злоупотребу као делање „једино у намери“ да се други оштети, већ је, ви-

дели смо, исту дефиницију усвојио и немачки законодавац и ако он вели да је „вршење права недозвољено и т. д.“ а не „накнадиће се штета ако и т. д.“. Тако је немачки законодавац поставио један принцип који се потпуно подудара са оном формулом римских правника: *malitias non est indulgendum*.

Како је г. Аранђеловић акцептирао саму идеју теорије злоупотребе права и писао о њој начелно, то ћемо на овом месту изнети његово гледиште на појаву ове теорије. „По овоме пропису немачког законодавства, вели он, и по ономе из § 826. (који гласи: „Ко другоме намерно нанесе штету поступком, који је противан благонрављу, одговоран је томе за накнаду штете“) немачке судије у могућности су да утичу на вршење права, која су појединцима позитивним законским прописима призната. Руководна је мисао при томе: нико не сме допустити да своје право без икаква обзира на своје ближње врши. Ко живи у друштву и вуче корист од тога живљења, мора удешавати своје поступке не по својој жељи, већ, истина на своју корист, али с обзиром и на друштво у коме живи. Социјални дух, који све више прожима прописе како јавнога тако и приватнога права, и који је једно од најлепших обележја модерне државе, огледа се и у овим прописима немачког законодавца. С овога гледишта са свим је умесно не допустити никога да своје право и ако му је признато, врши искључиво у намери да другоме шкоди или да га врши без икаква обзира на интересе целине. Јер тиме се испољава пакост према својим ближњима, антисоцијални дух, против кога се мора модерно законодавство борити... Нема спора да теорија, изложена у овим два прописима немачког законика, претпоставља виши културни ступањ једне заједнице, заједнице чији чланови нису огрозиле у најгрубљем егоизму, већ у којој у великој доминирају, свесно и несвесно, алтруистичке мисли и осећаји. Сем тога, паметна примена тих законских прописа претпоставља и један узвишени судски сталеж, који свестан своје свете улоге, не подлеже партијским, рођачким и другим утицајима. Јер споменути прописи законски јесу нож са два сечива. У рукама непристрасних, незаинтересованих, и племенитих судија они су моћно оружје да се егоизам и безобзирно вршење сузбије у границе, које ће омогућити свима члановима друштва задовољно заједничко живљење. У рукама судија



пак, заражених партизанством, задахнутим мржњом, везаним рођачким и другим интересима, ти су законски прописи опасност по сигурност грађана у вршењу својих права<sup>1</sup>."

Тако дакле злоупотреба права постоји, ако титулар тога права дела „*animo vicino nocendi*."

## § 2. Објективне теорије.

Чим је теорија злоупотребе права сведена на тај терен: да се истражује намера при вршењу једнога права, појавила је се реакција. Право није злоупотређено, веле други правници, само ако титулар његов дела у намери да другога оштети; шта је његова намера, то се суда не тиче, главно је да се право врши ненормално, без икаквог законитог интереса, антисоцијално и штетно за другога. О намери и не треба водити рачуна, јер је немогуће констатовати тај психолошки елемент, а онда ће бити „узалудна и теорија злоупотребе права сведена на тај критеријум<sup>2</sup>."

Кад се каже да: ко врши своје право, вели Лагарос, не подлежи одговорности, онда треба разумети смисао тога начела. Права човечија излазе из саме његове природе. Права постоје за то што су неопходно потребна за материјални и морални прогрес индивидуе, т. ј. за остварење њеног циља. Нема дакле права без материјалног и моралног интереса, који му је основа и који му оправдава уживање. Али права, скопчана са бићем људским, далеко су од тога да буду апсолутна, она се граниче поштовањем, које дугујемо правима других лица, неповредљивости њихове личности и правних атрибута. Да би дакле вршење права било законито, оно не сме вређати личност и имовину других лица. А та се повреда може учинити не само кад се повреди какав директан законски пропис, већ и кад се један акт изврши под видом уживања права, али у ствари то уживање је без икаквог озбиљног интереса. У овоме случају творца штете узалуд би се бранио тиме што је он вршио своје право — нема права чим нема интереса. Он је у том слу-

чају учинио кривницу у смислу чл. 1382. *cod. civ.* И не само да се право злоупотређава кад се дела у намери да се други оштети, већ се те опсервације могу проширити и на случајеве кад, и мимо сваке намере за оштећењем другога, вршење права почива на „противзаконном интересу или интересу неморалном, пошто такав интерес не може да има ни правне последице." И то је тако у опште; то су општа правна начела, па према томе то правило важи и онда ако га законодавац и није унео у закон. То је принцип, који нам диктује разум и правичност. Рећи ћете да тога правила нема у закону али нема ни онога: *neminem loedit qui suo iure utitur*, па га ипак сви усвајају. Закон је сматрао за излишно да пише правила која су по себи изгледала као нераз необориве истине. Право не сме бити инструмент мучења једнога лица, права је законодавац санкционисао да би осигурао мир у друштву, а не да ова служе каприсима појединаца. Злоупотреба права дакле недовољна је, а она постоји, кад год се право ужива без *озбиљног интереса* и без *законитих мотива*<sup>1</sup>.

Пада у очи, вели Шармон, место које ово питање тежи да заузме у правничким студијама и које је већ заузело. Пре десет или петнаест година о њему се једва говорило, а од како су у пракси учестали примери злоупотребе права појавом штрајкова, радничких синдиката, отпуста радника, новинарских критика и т. д. онда се појам кривице (*la faute*) почео тумачити врло екстензивно. Тешкоће су се решавале како су се могле, али се ипак осећало, да сви начини њихових решења нису довољни, и да се не може дуго чекати на решење много прецизније, да се усвоји тумачење много генералније. Овим тежњама лежи узрок у карактеру нашег доба. И ако доктрина злоупотребе права води порекло још од Римљана ипак она специјално одговара потребама и осећајима нашег доба. И ако су још Римљани забрањивали злоупотребу власти господара над робовима, родитеља над децом, ипак је тачно да ова теорија конструисана јуриспруденцијом показује једну етапу у еволуцији правне свести наше земље. Појам права стално тежи да се модификује; у

<sup>1</sup> „О одговорности за накнаду штете“, стр. 19.

<sup>2</sup> E. Saleilles: „Théorie générale de l'obligation d'après le code civil allemand“, стр. 370.

<sup>1</sup> L. Duffau-Lagarosse: „Du droit aux dommages — intérêts dans le louage de service à durée indéterminée.“ (Revue critique ... 1899. стр. 479).



Француској под утицајем филозофије 18. века оснoв праву тражио се у идеји слoбoде: право је послeдица и услoв наше слoбoде, то је једна моћ дeлaња, једна гaрaнтија дaтa пoјeдинцимa прeмa држaви. Тим се идејама карактерише Декларација Пpавa чoвeчијих. Пpавo је пo рeчимa Бeдaвoвим „нeрaздeљивo свoјствo пpиpoдe чoвeчијe: oнo извирe зa чoвeкa из зaкoнских пoтpeбa и тeжњи њeгoвoг бићa и њeгoвoг циљa; другим рeчимa oнo сe стaнa сa чoвeчијoм слoбoдoм, пpавo је њeн пpиoзвoд или њeнa пpимeнa.“ Пpeмa oвaкoм схвaтaњу ми нe мoжeмo тpажити никaкaв рaчун oд oнoгa кoји врши свoјe пpавo: зaштo је рaдиo, у кoјoј пaмeри и кaквe су пoслeдицe њeгoвe дeлaтнoсти. Никo тo нeћe и нe тpeбa дa знa. Зaкoн свaкoм гpаничи свeру њeгoвe дeлaтнoсти, oн стaвљa гpаницe дa би oмoгућиo сoцијaлни живoт, нo у тим гpаницама нaшa је слoбoдa пoтпунa. Eтo, тo су пoслeдицe тpaдициoнaлнe идeјe, aли пpoтив њe сe eвo пoдижe лaгaнa, пo дубoкa рeакцијa. Либeрaлизaм је пpетрнeo извeснy кpизy и у пoлитикy и у мoрaлу кaо и у eкoнoмијy пoлитичкoј. Пo рeчимa Жидoвим: „Љyди мoјe гeнeрaцијe, oни кoји кaо стyдeнти пpe двaдeсeт гoдинa пљeскaхy пpeдaвaњимa Лaбулeјeвим и члaнцимa Пaрaдoлoвим, сeћaју сe кoликo је рeч слoбoдa звoнилa у тo вpeмe, кoликo сe у њoј врлинe зaмисљaлo. Oвa је рeч билa дoвoљнa зa свe; oнa oдгoвaрaшe свeмy, oнa је oпpавдaвaлa свe. Oнa је билa у свимa гoвoримa зaвршнa рeч, рeч пoслe кoјe сe мoглo сaмo сeсти. Aли eвo oд нeкoликo гoдинa звoнкoст њeнa oпaдa...“ Увидeлo сe кoликo нeпpавди пoкривaшe oвa слoбoдa; јyриспpудeнцијa у кoнтaкту сa живoтoм билa је тим нeпpавдaмa вишe пoгoђeнa нo нaукa. O тoгa је oнa пoкyшaлa пpвa дa их ублaжи. Oнa је спpечилa злoупoтpeбy влaсти oчeвe, oнa је рeшилa: дa фaкaт штo је нeкo вршиo свoјe пpавo није увeк дoвoљaн рaзлoг зa нeoдгoвoрнoст лицa, кoјe је другoмe нaнeлo штeтe. У истo вpeмe идeјa пpавичнoсти сe ширилa; aкти пpoтив кoјих сe бyнилa сaмo извeснa вишa, дeликaтнijа сaвeст, билe стpогo oсуђивaни oд цeлoкyпнe јaвнe свeсти. Сoлидaрнoст, пpостo дeлo биoлoшкo, узeлo је знaчaј мoрaлни. Гpаницe, кoјe су инaчe пpoвизoрнe, a кoјимa сe хoћe дa oдвoји милoсрђe и пpавичнoст oд зaкoнa јoш сy јeднoм пoмeрeнe. Oнaј, кoји сe нeчaснo слyжи свoјим пpавимa, врши у мoрaлнoм смислy јeднy нeпoштeнy рaдњy пa мa oнa зaкoнoм и билa дoзвoљeнa. Aли

и кaо тaквa oвa рaдњa мoрa бити нeдoзвoљeнa, јeр нe сe узaлyд тpажити пpегрaдa измeђy мoрaлa и зaкoнa. Ништa пpoлaзнијe: oнo штo сe oпaзилo јyчe, дaнaс је вeћ ишчeзaлo. A кaд јeднa мoрaлнa oбвeзa бyдe усвoјeнa oд свију и кaд сe oсeћa пoтpeбa дa јoј сe дa сaнкцијa, oнa мeђa имe и зoвe сe Зaкoн. Истинa је дa нe сe тeшкo пoзнaти злoупoтpeбa, aли oпaснoст нe тpeбa пpeувeличaти. У вeћини слyчaјeвa сyдoви сy нaпaли дa имa злoупoтpeбe пpавa чим сe oнo врши у нaмeри јeдинo дa сe други oштeти, aли мoгу сe пoјaвити и други слyчaјeви. Нaјбoљи кpитeријyм зa пoзнaвaњe злoупoтpeбe пpавa мoжe бити дeтeрминaцијa eкoнoмскoг и сoцијaлнoг циљa пpавa, кoјe сe уживa. Пpeмa тoмe и aкт штeтaн пpeдyзeт с нaмeрoм дa сe други oштeти није злoупoтpeбa збoг тe нaмeрe, кoјa гa пoкрeћe, вeћ сaм пo сeби, јeр oн ствaрa јeднo дeлo, oбјeктивнo пoсмaтpaнo, eкcесивнo и *aнтисoцијaлнo*<sup>1</sup>.

У истoм смислy пишe Пoршeрo. Мoдeрнo пpавo, вeли oн, дoзвoљaвa сyдији дa испитyјe циљ, кoји је титyлaр јeднoгa пpавa имao уживaјући oвo. Јa сaм слoбoдaн у бyдyћe у вршeњу свoјих пpавa, aли сaмo дoк сe тo вршeњe слaжe сa сoцијaлнoм и eкoнoмскoм нaмeнoм сaмoгa пpавa. Oвa идeјa yмeрaвa чeстo eкcесивнy и сyрoвy слoбoдy чoвeчијy. Свaкo пpавo нoси нa сeби свoјe гpаницe, aли и мимo зaкoнoм утврђeних гpаницa слoбoднe aкцијe пoјeдинaцa пpавo сe мoжe збoг злoупoтpeбe зaбpанити. Oвa дoктpинa је плoд јeднe идeјe, кoјa је у тoкy oвoгa вeкa јaкo кoрaкнyлa yнaпpeд — идeјe сoлидaрнoсти. Пoслeдицe oвe идeјe пoјaвилe сy сe и нa тeрeну сoцијaлнoм и eкoнoмскoм у oбликy рaзвиткa милoсрђa, ствaрaњa удpyжeњa зa узajaмнo пoмaгaњe, пpoмyлгoвaњa зaкoнa o нeсрeћним слyчaјeвимa у фaбрици и т. д. Oвa oсoбeнa тeжњa имa зa рeзyлтaт дa мoдификyјe пoјaм пpавa. Сyтpа дaн пo Рeвoлyцији пpавo је билo скyп пpавилa, кoјa дoзвoљaвaхy пoјeдинцy дa тpажи oд држaвe кaо и oд других пoјeдинaцa пoштoвaњe живoтa, слoбoдe и имoвинe; јeднoм рeчју пpавo је oвлaштeњe дa сe тpажи oд других лицa извeснo yздржaвaњe, aли нe и кaквo пoзитивнo дeлaњe кaо пoмoћ. Зaдивљeни смo читaјући Декларацију Пpавa кaд

<sup>1</sup> J. Charmont: „L'abus du droit.“ (Revue trimestrielle de droit civil — 1902, стр. 113).



видимо да се говори само о правима а не и о дужностима. Декларација та је освешћење доктрине индивидуализма, она претпоставља једно друштво у коме би сваки човек био довољан сам себи и могао да сам задовољи своје потребе. Са прогресом социјалне идеје, а нарочито под утицајем социјализма, појам права се развијао и може се рећи да данас право тежи да постане скуп правила, која дају једном лицу власт не само да изискује поштовање живота, слободе и имовине, већ и власт да захтева позитивно чињење од стране других као и од стране државе. У грађанском пак праву развитак идеје солидарности има за последицу проширење појма одговорности и појма кривице. Вршење права може постати недозвољено, ако је намеравани циљ противан ономе, што га је имао законодавац; другим речима титулар једнога права не може га употребити до његових крајњих граница. Нико не сме вршити своја права једино у намери да другог штети; то је трансформација једне дужности милосрђа у позитивну обавезу законску. Доктрина злоупотребе права има за резултат да преобрати у законске дужности извесна дела, која је досад захтевала само јавна свест. Забрана злоупотребе права не може се провести као санкционисана чланом 1882. *cod. civ.* али одговорност та потиче из једног принципа, који није написан у закону, но који је виши од позитивних закона, као једно правило природнога права, чије су се примене умпожиле са развитком идеје солидарности. Злоупотреба пак биће не само ако се дела једино у намери да се други оштети, већ, и без обзира на ту намеру, чим титулар један ужива своје право без икаквих *законских интереса* и противно *социјалном и економском циљу тога права*<sup>1</sup>.

Капитан је писао о злоупотреби права својине, па ипак се његово гледиште може генерализовати. Сам факат суседства, вели он, намеће суседима извесне обавезе, којима је циљ да

<sup>1</sup> E. Porcherot: „L'abus du droit.“ Dijon, 1902. У истом смислу пише и Жермет: „Има један факат, који карактерише нашу епоху и који је за правнике моћна утеха; то је: да појам индивидуалних права постаје све више и више социјалан. Индивидуална права нису нешто непомицно, она су у тесној вези са условима садашње цивилизације.“ (H. Germet: „Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile.“ Paris, 1903. стр. 307).

се ограничи пространство њихових права и осигура мирно уживање ових. Неке од тих обавеза закон је предвидео, као да пр. дрвеће се може садити само на извесној раздаљини од суседнога земљишта и др. Ове обавезе нису службености, по томе што се неке од њих састоје у чињењу, међу тим *servitudes in faciendo consistere non possunt*. Сем тога службености су изузетак од општег правила, а ове обавезе међ суседима су баш опште правило. Кад законодавац каже сопственицима, кад им каже и једном и другом: „Ви можете садити дрвеће на свом земљишту само на одређеној раздаљини од суседовог земљишта“, онда је јасно да ту нема никакве службености. Где је послужно и господареће добро? Петрово или Павлово? Нема ни једно ни друго, јер такво је опште право свих сопственика. Ово су просто обавезе *propter rem*, обавезе као последице држања ствари<sup>1</sup>. Али као што постоје те специјалне обавезе, које је закон предвидео, постоји једна много шира обавеза, коју само закон није споменуо, а по којој нико на свом земљишту не може чинити ништа, из чега би произлазило што штетно за суседно земљиште. Право својине као најпотпуније право мора закон сузити у извесне границе, да би се избегли конфликти, који би се морали изродити кад би сваки до краја вршио своје право. А та шира обавеза чини да су суседи везани једном везом, да један другог не смеју штетити и да су један наспрам другог *повериоци* и *дужници*, те и као сваки дужник одговарају за неизвршење своје обавезе. И ако се често намета штета не може накнадити по основи чл. 1882. *cod. civ.* ипак одговорност мора постојати, јер би иначе штета морала бити накнађена само ако се учини деликат, а та би одговорност била недовољна да успешно заштити сваког суседа од штете која би могла произићи од вршења њихових права својине. Овај је законски члан циљао на трећа лица која нису међ собом у односу повериоца и дужника, те се под њега не могу подвести све штете које суседи једни другима могу учинити. Тешкоће међутим ишчезавају кад се усвоји идеја о постојању *опште* узајамне обавезе, коју смо формулисали. Према томе судија нема да испитује: да ли постоји деликт

<sup>1</sup> М. Плянол мисли да су и то службености. („Traité élém. de droit civil“ — 7. I. стр. 614).



или квазиделикт, о томе није реч. Пред нама је један дужник и ми ћемо применити прописе о одговорности једнога дужника који не испуњава своје обавезе. Сопственици су дакле дужни да врше своја права тако да то не повлачи никакву штету суседима; чим повреде ту обавезу, они су одговорни<sup>1</sup>.

Идеја Капитанова о општој обавези међ суседима да један другог не штете поникла је због аката шикане, који нису законом изрично забрањени. По њему ти су акти забрањени зато што међ суседима постоји *општа обавеза* да један другог не штете и што су они према томе један према другоме поверљивици и дужници. Ако таква обавеза постоји међ суседима, она онда постоји и међ свима лицима у опште; у односима родитеља и деце, мужа и жене, патрона и радника постоји онда једна општа обавеза да једни друге не штете. Али шта је основ тој општој обавези, откуда да постоје неке обавезе и мимо оних које су законом предвиђене? То је зато што и по Капитану постоје извесни принципи ван писаних закона „јачих и од самих закона“, како је рекао Поршперо, као правила природнога права.

Лабе је ишао даље. Он је видео да има аката, вршења права, која не могу бити слободна и ако чак имају извесног интереса и користи по титулара њиховог. Не само дакле да не може бити слободно вршење права, које „једино циља“ да другог штети, већ и онда кад је то вршење *ненормално*. Претпоставимо да неко копањем (н. пр. при рудничким откопавањима) смањи пиво свом земљишту тако да се услед тога суседно земљиште осипа. Ту је сопственик потпуно вршио своје право и то не ни у јединој намери да другог штети ни без икаквог интереса за себе, па ипак се не може дозволити да такво делање суседа штети. Он дакле мора суседно земљиште осигурати од осипања. Он не може овоме рећи помози се сам, ја сам вршио своје прево. Зашто? Зато што сопственик мења природни и нормални облик земљишта. Природни облик земљишта ствара извесну врсту нормалног уређења међ суседима. Ко то стање наруши тај је

<sup>1</sup> *Capitant*: „Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage aux voisins.“ (Revue critique ... 1906, стр. 156).

одговоран за штету нанету другоме. Има дакле вршења права која би и по самој тежњи ове доктрине остала слободна ако се неби усвојила формула шира а та формула треба да види злоупотребу у *ненормалном вршењу права*<sup>1</sup>.

Као што видимо и објективне су теорије остале на терену грађанске одговорности; и оне признају да се право може злоупотребити и да то мора бити забрањено и ако закон изрично не забрањује, пошто би то било једна врста правила природнога права, правило које се „по себи разуме“ како је рекао Лагарос. Оно у чему се ове теорије одвајају од субјективних то је што оне налазе да треба злоупотребу права суд да констатује чисто објективно. Суд нема да истражује намеру титулара једнога права при уживању овога, већ има да оцени: да ли то уживање, које другог штети, има користи за титулара или не, па чак и ако има користи да оцени да ли је та корист *законита* и *нормална*. Кад би неко н. пр. подигао извесне заклоне у свом дворишту хотећи да се запима фотографисањем и ако му то није главно занимање, па би тиме закљонио светлост на прозорима суседове куће, онда ту нема вршења права „*animus vicini nocendi*“, нема „јединог циља“ да се други оштети пошто се то лице хоће да бави фотографисањем, али би суд могао у извесним приликама констатовати да тај његов интерес ни мало није такав да се може мерити са штетом, коју сусед трпи. Суд би могао наћи да је такво вршење права *ненормално* и без *законитог интереса* и *мотива*, а то је што хоће објективне теорије и у чему је њихова превласт.

### § 3. Салеј и Жосеран.

Ми издвајамо ова два правника засебно. Првога зато што је он био један од најистакнутијих правника француских и што му је као члану француског удружења за спремање новог грађанског законика била поверена мисија да на једној друштвеној седници поднесе реферат о овом питању. Другога зато што је се највише и најтемељније у

<sup>1</sup> *Labbe*: „La responsabilité des concessionnaires des mines.“ (Sirey — 1872. 1. 354). Видети и *G. Ripert*: „L'exercice de droit et la responsabilité civile.“ (Revue critique ... — 1906. стр. 352).



Француској бавио овом теоријом и што је њен највећи поборник, а при том као професор универзитета писао је са најбољим познавањем самога питања и ако не са свим исцрпно а још мање тачно.

Чим је се појавило питање о злоупотреби права у једном облику да је почело интересовати и највиши правнички свет, тада је велики правни ауторитет Планиол, чије ћемо гледиште доцније опширно изнети, са свом снагом комбатирао појам „злоупотребе права.“ Право се не може злоупотребити, вели он, јер где злоупотреба почиње ту право престаје и један акт не може бити у исто време и *праван* и *противправан*. Само је могуће једно: или ја имам право или немам, средине не може бити. Ја нећу, одговара на то Салеј, рећи да нема никад злоупотребе права и да се злоупотреба права (*abus du droit*) поклапа увек са делањем противправним (*sans droit*). Јер у овом другом случају главна санкција, која се признаје заинтересованом лицу, је овлашћење да се одупре забрањеном акту, санкција *en nature*, а не *par equivalent*. Претпоставимо н. пр. да становници поред једне железничке пруге, које штети дим из машина употребљених од стране железничког друштва, тврде да ове штете долазе од неког недостатка материјалне конструкције или рђавог квалитета угља; да ли им се може дати право да спрече друштво да се служи тим машинама? Да ли ће им се дати право да зауставе железницу под изговором да на овај начин, на који се друштво служи својим правом, оно врши један акт на који нема право? Није у том случају делање противправно (*sans droit*) већ постоји злоупотреба права (*abus du droit*). Вршити своје право на један начин штетљив за друштво значи вршити један акт исто тако недозвољен као и кад се пређу границе права у строгом смислу, али санкција је у ова два случаја различита, пошто је у овом случају могућа накнада природна, да се спречи само вршење права, а у првом само еквивалент штете<sup>1</sup>.

Прелазећи на критику §-а 226. немачког законика, Салеј на истом месту вели: „Ништа није опасније, него оставити индивидуалној вољи да се брине о одређивању крите-

<sup>1</sup> *Saleilles*: „Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le code civil allemand“, стр. 372.

ријума злоупотребе права. Нема никога, који би у таквом случају признао да није имао другог циља до једино да другог оштети. Увек ће се бити лако позвати на неки индивидуални интерес, а чим се остави суду да тај интерес оцењује, онда се долази на критеријум објективан. Права формула злоупотребе права, треба да види злоупотребу у неморалном времену овога, вршењу противној економској и социјалној намени субјективнога права, вршењу осуђеном од јавне свести и које по својим последицама прелази садржина права: пошто је свако право у социјалном погледу релативно, па такво је и право својине. Злоупотреба се карактерише својом објективном страном, а не својим циљем; треба рећи чак и да је акт, који је имао за циљ да другог оштети, да је он сам по себи акт објективно противан моралу, а повреда морала може се појавити у једном факту ненормалног вршења права, ма била и проста непажљивост. То је једно антисоцијално дело, а једно антисоцијално дело никад не може бити дозвољено.“ Да додамо још да и он сматра овај покушај немачког законодавца као *први* покушај „у циљу социјализовања права у супротности са правним индивидуализмом, који има још претежну улогу“.

Када је Салеју био поверен поменути реферат, поверен му је у једном нарочитом обиму. Удружење није од њега тражило мишљење о томе да ли треба ову теорију усвојити или не, већ под претпоставком да се прими, на ком месту онда у закону да се унесе. Ми смо видели да је немачки законик унео ову теорију у општи део, док је се о њој у Француској писало на терену грађанске одговорности, према чему она би имала да уђе у онај део законика, који би говорио о грађанским деликтима. Друштво је то хтело првенствено да зна да би могло питање предати надлежној подкомисији<sup>2</sup>. Отуда се Салеј није бавио тим питањем у самој његовој суштини већ о његовом месту у закону, ма да је ту прилику употребио да предложи и законски текст који би се имао усвојити. И отуда је његов реферат врло кратак. Ако се мисли унети у законик једна одредба, која би имала

<sup>1</sup> „L'introduction à l'étude du droit civil allemand“, стр. 118.

<sup>2</sup> Седница од 11. марта 1905. (Bulletin de la Société d'Etudes législatives — 1905., стр. 247).



да санкционише нашу теорију, овда, вели Салеј, треба поступити онако као што је урађено у Немачкој и тако скрећути правну дискусију на други терен; и то треба теорију унети уз чл. 6. *cod. civ.* по коме се „уговорима не може вређати морал ни јавни поредак.“ Јер може се сматрати, продужује Салеј, да јавни поредак и морал траже не само да се закони, који их чувају, не вређају уговорима појединаца, већ исто тако да се вршење права одржи у пристојним границама, тако да се треба да сматра као повреда јавног поретка и морала тај факат, што се неки служи правима и овлашћењима признатим законом једино у намери да се други оштети и што се грешни о генералну дужност, која је основ самог социјалног поретка: да човек ужива своју слободу само тако што ће поштовати законску сверу слободе и безбедности других лица. Може се дискутовати сама теорија у суштини, али оно што је неоспорно то је, да овоме правилу има места само уз чл. 6. а никако уз чл. 1382. *cod. civ.* јер би та теорија онда била само неопходно потребна допуна и доследно развијање идеје изнете у чл. 6. Свакоме вршењу права, коме је само то циљ да другога оштети, било би неморално, било би антисоцијално да и сам закон притекне у помоћ, а ако се хоће то да спречи онда треба ову теорију усвојити само на терену превенције и предохране, а не на терену грађанске одговорности; треба да се има могућности да се *спречи* један акт противан праву у самом његовом извршењу, да би се унапред знало, шта би евентуално постало деликт<sup>1</sup>.

Ми већ видимо да је Салеј напустио са свим оно своје прво гледиште да се злоупотреба права познаје по санкцији. Санкција злоупотребе права мора сад бити иста као и за свако противправно делање и баш првенствено мора се дозволити да се злоупотреба спречи, да се да накнада *en nature*, а не само да се плати оштета. Његов пример са железницом и не спада под теорију злоупотребе права. То питање спада у сасвим једну другу теорију, којој је тек циљ да се тражи накнада и ако се само вршење права не може спречити. Ту другу теорију у поменутом рапорту Салеј је

<sup>1</sup> „De l'abus de droit.“ (Extrait du Bulletin de la Société d'Etudes législatives), стр. 1—29.

такође приказао и она је позната под именом „теорија ризика.“ Има у нашем социјалном животу, вели даље Салеј, организама, који функционишу и правно и законито и које се функционисање само и манифестује на тај начин што ствара око себе штете и опасности. Могу извесни потпуно дозвољени акти наносити другима штету и наносаћи ову не престају бити дозвољени. Ево н. пр. фабрика, која употребљује најразличитије машине само ствара око себе жртве и наноси другима штете и само тако и може да функционише у свом социјалном циљу; наноси штете радницима разним несрећним случајевима, суседству и околини у опште димом и потресима. Без сумње предузимач ће морати предузимати све мере предострожности и ако то не учини мораће другима накнадити штету. Али треба ићи даље. Ма какве се мере предострожности предузеле увек ће се десити случајеви, који се не могу ни предвидети ни спречити, сем да се затвори фабрика. Може ли се рећи да су та дела и несрећни догађаји, из којих излазе ове штете, акти недозвољени? Нема ту ни деликта, ни квазиделикта, постоји једно дело потпуно слободно и правно, али је вршено с опасношћу по другога. То је дело дозвољено, јер да то ције, правда би захтевала да се уклони узрок, који је дело изазвао, и узрок је фабрика. Може ли се тражити затварање фабрике зато што је она фаталан узрок штете? Не; ми се задовољавамо само тиме што оптерећавамо индустрију и тим теретима, што јој стављамо на терет и опасности, које су јој само други саставни део добити. Има права која се могу вршити под условом да се плати опасност, која другима прети. Укинути право због опасности с њим скопчаних значило би нанети смртни удар индивидуалној делатности и исушити извор живота народног. А ослободити опет вршење права од дужности да се поднесу и опасности с њим скопчане, значило би метути на једну страну добит а на другу штету. Али од таквог вршења права треба, завршава Салеј, разликовати оно вршење, које антисоцијалним карактером свог циља постаје злоупотреба. И тај акт изискује „не само да се да новчана накнада, већ изискује и целокупно неизвршење његово као неморално и противно праву: санкција је његова прво одупирање извршењу, и тек онда накнада, ако



је дело извршено. Ми нисмо тад више на домену чл. 1882. *cod. civ.*<sup>1</sup>“

Напоследку Салеј предлаже и редакцију самог законског текста и тако целу своју доктрину формулише овако: „Дело чије је дејство једино у томе да се други оштети без приватог и законитог интереса за онога, који га врши, никад не може престављати дозвољено вршење права.“<sup>2</sup>

Као што видимо Салеј је стао на објективно гледиште. Он је одбацио редакцију немачког законодавца, по којој је недозвољено вршење права чији је „једини циљ“ да другога оштети, да би свакој радњи чије је „једино дејство“ да другога оштети одузео сваку правну заштиту. Не треба дакле тражити *циљ* титулара једнога права при уживању овога, већ *дејство* тога уживања. Треба гледати да ли је то уживање за титулара од каквог „законитог интереса.“ У осталом и Салеј говори да постоји злоупотреба права ако је вршењу његовом једини циљ да другога штети, само вели тај циљ треба констатовати у *форми чисто објективној* према свима спољним знацима делања. А кад се на тај начин мора циљ констатовати, онда треба и законску редакцију према томе подесити.

Комисија пак за ревизију грађанског законика није усвојила предлог Салејев. Већина је, верна доктрини француској, била мишљења да се ова теорија не уноси у општи део грађанског законика, већ у онај део, који би говорио о грађанским деликтима. Тако је питање предато надлежној подкомисији, која још није ништа поводом њега ни дискутовала ни решавала<sup>3</sup>.

Ми смо већ напоменули да је највећи поборник ове теорије у Француској Жосерап и ако му је књижица мала и непотпуна, па чак и конфузна, али је зато пуна лепих фраза у одбрану ове теорије, фраза о дубоком њеном моралном значају, о томе како је она „на путу да обнови цело

<sup>1</sup> стр. 18.

<sup>2</sup> „Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit.“

<sup>3</sup> Bulletin de la Société d'Etudes législatives — 1905. стр. 323.

право<sup>1</sup>“ како она значи „триумф духа закона над његовим текстом“ како је она „луча светиља целог права“ и т. д.

Пошто свака индивидуа, вели он, која злоупотреби законску прерогативу, подлежи одговорности за накнаду штете другоме нанете својом неморалном делатношћу, то треба прво наћи знаке по којима се разликује правилно вршење права од злоупотребе и што је могуће тачније утврдити критеријум злоупотребе права. Испитивање судских решења помаже нам да избегнемо свако лутање: злоупотреба права има карактер чисто субјективан. Овај се појам карактерише не резултатима извршеног акта, већ мотивима који су били повод томе акту, не величином нанете штете, већ душевним стањем учиниоца; људска се делатност ту проучава као феномен воље: циљ, који је титулар права при уживању овога имао, тај циљ конституише и карактерише злоупотребу. Систем Салејев, по коме би „права формула видела злоупотребу права у ненормалном вршењу права, вршењу противном економској и социјалној намени субјективнога права“ и по коме би дакле *ненормалност* акта био конститутивни елемент злоупотребе, ма какав циљ имао творац штете, тај систем пре свега не слаже се са судским солуцијама, које су инспирисане субјективним појмом злоупотребе права. Тај би систем затим пореметио ову хармонију, која се у смислу субјективном еретно поставила између појма злоупотребе права и појма приближног, симетричног, злоупотребе власти (*détournement du pouvoir*) у административном праву. Ова је модел и прототип оне, али је цела сумње субјективног карактера. Оно што карактерише злоупотребу власти, то је намерна употреба власти у недозвољеном правцу. Како би дакле злоупотреба права био појам чисто објективан? Не би се могло разумети да је приватно право друге конструкције но што је јавно, које му је служило за модел. Али нарочито са системом објективним створила би се најопаснија конфузија двеју врста аката: с једне стране оних, који су извршени у једном антисоцијалном циљу, противном духу правне институције н. пр. у пакосној и злобној намери, а

<sup>1</sup> „De l'abus des droits“ — стр. 17.

<sup>2</sup> стр. 6.

<sup>3</sup> стр. 58.



с друге стране оних, који, ма да се појављују као нормално вршење права, ипак могу експесом нанети штету навући одговорност као што н. пр. фабрикант мора накнадити штету коју дим фабрични наноси околним усевима. Ове се две врсте аката разликују, јер док први врши употребу од свога права недопуштено, други врши своје право остајући потпуно у духу институције, и у овом случају само превелика штета, елемент чисто објективан, повлачи његову одговорност, акт посматран сам по себи и независно од последица, нема ништа антисоцијално. Ми невидимо у примеру Салејевом са штетом, коју железница наноси околним усевима, никакву злоупотребу права: далеко од тога да друштво своје право злоупотређава оно га врши потпуно правилно, па ипак могуће је одговорати за нанету штету пошто је то вршење права скопчано с опасношћу за друга лица. Ко год дела, ствара опасност за друга лица, али то не значи да своје прерогативе врши антисоцијално и да их злоупотређава. Та врста делатности мора се одвојити од злоупотребе права, а то ће се постићи само ако се злоупотреба ова схвати као појам чисто субјективан.

Овоме субјективном појму злоупотребе често се прибављује што ће судија бити овлашћен на врло деликатно истраживање намере. А та би истраживања била бескорисна и опасна: бескорисна, јер ће тако штетник увек лако са себе скинути одговорност позивајући се на какав индивидуални интерес; опасна што ће судови моћи потпуно самовласно нашим актима приписивати какав хоће мотив. Салеј нарочито инсистира на првом приговору: судија је у немогућности да продре у мисли сваког појединца, психолошка истраживања биће узалудна, а узалудна онда и цела теорија сведена на тај критеријум. Међутим зар закон није већ таква субјективна истраживања натоварио судији на другим пољима и то изрично и категорично. Сетимо се само капиталне улоге, коју савесност (*bonne foi*) и несавесност (*mauvaise foi*) играју у погледу државине, својине, неправедног обогаћења и т. д.; ако је реч о браку, о стварним правима, облигацијама, одговорности, питање о савесности и несавесности доминира правним актима и решава спорове. Право почива на савесности. Зар није пак ова један потпуно појам субјективан? Истраживање њено зар не намеће судији

психолошка истраживања до крајности деликатна? И он то врши ипак и врши сваки дан, па нити су та истраживања узалудна нити је судија за њих неспособан. Оцењивање мотива који руководе једног сопственика при уживању својих права није ништа деликатније од психологије кунца који уговара са презадуженим лицем; међутим сваки дан судија ову испитује, пошто од тога зависи успех *actionis paulianae* подигнуте од стране поверноца продавачевих. Сваки дан, ево већ вековима судије француске врше један посао не мање деликатан, но што ми још тражимо за њих: сваки дан решавају питања о одговорности и према томе о учесничности, о томе да ли је штетник учинио кривицу (*la faute*) или је био ненажљив, а тај је посао врло тежак и деликатан. Међутим ставити судији питање: да ли један парничар води парницу само шикане ради, да ли то исто чини писац једнога чланка и т. д. то не значи поставити му заголетку и тражити од њега какво пророчанство, већ поставити му једно прецизно питање које ће он по савесности и својој оштрости у већини случајева сигурно решити. Што се тиче приговора да ће оптужени за злоупотребу права моћи увек у своју корист навести какав интерес, ми у то верујемо. Али тај његов навод суд ће контролисати; судови не морају примити све изјаве парничара као речи Јеванђелске: њихова се улога састоји у томе да верификују тачност тих изјава. Какав интерес може навести у своју корист онај који би стално црпао воду из бујара, кога би ископао на свом земљишту и тиме пресушивао извор суседов, ако ту воду црпећи стално просипа? Злоупотреба је дакле права чисто појам субјективан, елемент битни му је мотив титулара тога права при његовом уживању. На тај су терен стали и немачки и швајцарски законодавац. Воља, намера зар то нису ткиво од кога су откане све институције приватнога права? Циљ да се другоме наноси штета је један мотив, који се ни мало не слаже са здравом реализацијом права. Ко би могао трпети да се законске прерогативе икад ставе у службу пакости, злоби и несавесности. Лукавство, превара, које ништи све акте, не може бити овде потпуно слободно под видом вршења права; оно се мора без милосрђа суабити, иначе само би право, стављено у службу антисоцијалних циљева, недостојно изиграо од оних, који треба да га чувају, ризиковало да про-



падне под ударцем овог правног профанисања. Нису нам дата права да под његовим окриљем другог штетимо; није нам зато држава обезбедила њихово уживање: свака *пакосна намера* је антисоцијална, противна духу правне институције и према томе она је битни елемент злоупотребе.

Али како би се могли држати само пакосне намере као критеријума злоупотребе права, када је још по традиционалној концепцији велика небрижљивост (*magna culpa — la faute lourde*) равна превари (*dolus*). Велика је небрижљивост исто што и зла намера; између та два појма постоји класична једнакост и зашто би она овде престала? Тако и *велика небрижљивост* мора бити конститутивни елемент злоупотребе права. И тако се појам злоупотребе права шири много више по што се у почетку могло мислити. Али ни на овој новој етапи ми се не бисмо могли зауставити, а да не навучемо приговор недоследности — ми морамо још помаћи границе теорије. Појединци се могу огрешити о тај циљ не само кад делају у намери да другог оштете; правни поредак може вређати не само пакосна намера: сва права имају свој циљ, више или мање прецизиран, то је истина, али без кога она би била осуђена да пропадне, јер као и расе и појединци, тако и права морају ишчезнути чим им нестане разлога за живот. И тако се дефинитивно проширује појам злоупотребе права у сагласности с разумом и правдом. Право се може реализовати само под условом да та реализација има *законити мотив*, (*motif légitime*). Законити мотив! Ето то је критеријум тачан, дефинитиван, камен темељац целе теорије злоупотребе права, и који се налази у маси судских пресуда, под пером правника и чак до законских текстова. Ако је реч о праву својине, суд колмарски прокламује да се оно може вршити само ако се тежи да задовољи „озбиљан и законит интерес.“ Ако је реч о мандату, трговачки лионски суд тврди да право опозивања може навући одговорност налогодавца који би се тим правом служио без „законитог узрока“ и т. д. Законит интерес, законити узрок, законити мотив, законито вршење једнога права, ове се формуле појављују свуда као *leitmotiv* који карактерише и резимише целу теорију злоупотребе права. Тако се појам злоупотребе ограничава на законити мотив, а тиме она себи осигурава бескрајну будућност као *rayonnement sur le droit tout entier* и вечито опортунитет, јер

према економским потребама и предрасудама у сагласности са социјалним аспирацијама, законски ће се мотив модификовати и чак трансформисати а с њиме и теорија злоупотребе права. Захваљујући тој покретљивости законски мотив ствара од појма злоупотребе права једну еволуциону снагу првога реда, једно оруђе напретка, које допушта да се старе правне институције прилагођавају друштвеним потребама, које се вечито развијају и да се оне тако вечито подмлађују. Правне институције неће остати више у једном стању непомичности, што би их скоро умртвило, оне ће чувати контакт са реалним светом; оне ће живети и реализовати се у средини за коју су и створене<sup>1</sup>.

На први поглед види се конфузност Жосерановог гледишта. Почине као највећи противник објективног система, а на крају завршава са тим истим системом. Ми смо видели да је Салеј окарактерисао злоупотребу као делање противно „економској и социјалној намени“ права а да се делање ненормално и антисоцијално има оценити на извесан објективан начин према свима околностима места, времена и начина делања. Жосеранов „камен темељац“ целе теорије је у недостатку „законског мотива“, „законског узрока“, „законског интереса“ и т. д. а и кад се мора истраживати намера вршењу једног права суд мора вели Жосеран, да испитује „дух саме институције, какав нам се представља законским текстом, приликама под којима је право креирано, препаративним радовима, а најзад и нарочито социјалним стањем, обичајима, аспирацијама садашњости, т. ј. једном речју једним *објективним* критеријумом.“ Кад се тако и намера мора испитивати на један објективан начин, а и недостатак „законског мотива“ може се пронаћи само тако што се делање правно срањује са самим духом институције<sup>2</sup> и „правним циљем“ (*Zweck im Rechte*), онда где је ту субјективан елемент? Ипак ћемо доцније говорити више о свима изнетим гледиштима на и његовом.

<sup>1</sup> dito. стр. 42—59.

<sup>2</sup> стр. 50.

<sup>3</sup> стр. 56.



B) — Негација појма злоупотребе права и противници ове теорије.

### § 1. Планиол, Перил, Водря.

Да би неко учинио кривицу (*faute*) у законском смислу, вели Планиол, треба да је учинио акт противправа и отуда излази једна врло важна последица: ко врши своје право, тај не одговара за штету другоме нанету, пошто није крив у законском смислу. Римљани су у том погледу били категорични: *nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*. Међутим правници и модерни законодавци покаљују извесну тешку да вршење једног права сматрају као злоупотребу. Та пак формула „злоупотреба права“ је права логоматија. Јер ако ја вршим своје право, мој је акт дозвољен, а ако је недозвољен, онда значи ја нисам вршио право, већ прешао границе његове, делао бесправно (*sans droit, iniuria*). Негирајући тако појам злоупотребе права ми не мислимо да све оне акте, који су за другог штетни, а судови их прогласили за недопуштене, сматрамо за дозвољене; ми само примећујемо да свако дело злоупотребе, самим тим што је недозвољено, није вршење права. Право престаје, где злоупотреба почиње, и не може бити „злоупотреба права“ из неопоривог разлога што један акт не може бити у исто време и *праван* и *противправан*. Истина је само да права скоро никад нису апсолутна, већина их је ограничена у своје пространству и при вршењу су потчињена извесним условима. Када се пређу те границе или се занемаре ти услови, онда се дела противправно. Може бити дакле злоупотребе у владању једнога човека, али то није кад он врши право, већ кад га пређе; човек злоупотребљава ствари, али не и права. У ствари, сви се слажемо; само тамо где једни кажу да има „злоупотребе права“, други веле да има једно дело извршено „бесправно.“

Једна истина мало нова, (иа чак да ли је и то у ствари?) која излази из ове дискусије, то је да се стварају знатне варијације у појму људском о пространству његових права. Право које је некад било апсолутно, данас више то није; које је пре било подложно малом броју ограничења сад се потчињава све већем том броју. Писци који мисле да један акт дозвољен (вршење права) може ипак бити недозвољен

(злоупотреба права) дошли су првенствено до тог закључка, што им изгледа немогуће да трпе *намеру* за оштећењем другог; отуда право извршено без законског мотива, једино у циљу да се други оштети, постаје деликт, који повлачи одговорност творца штете. Идеја племонита, али да ли је и тачна? Људи проводе свој век носећи штете једни другима; живот друштвени је вечна и општа борба; свака радња, сваки посао је дело економске и социјалне конкуренције; сваки човек, сваки народ који другог надмаши у извесној грани делатности штети овога и то је његово *право да га штети*. Такав је закон природе и човечанство нема интереса да се против тога бори, јер је то једини стуб његове енергије. Очеvidно је немогуће натерати онога који триумфује на штету другог да накнади штету својим несрећним конкурентима. У већини случајева намера да се други оштети не узима се у вид: не зависи од ње да ли ће један акт бити дозвољен или не. Акти који друге штете, а последица су економске и социјалне конкуренције, законом су дозвољени, и не тражи се да ли има намере да се други штети или не, јер ова је штета неизбежна. Ако је пак акт, који другог штети, забрањен тиме што је оштећеном признато право накнаде, намера је такође индиферентна: ако има намере, каже се да постоји *деликт*; ако је нема, онда постоји квази-деликт или обична погрешка; али се у оба случаја поступа подједнако и, намеравана или не, штета се мора накнадити.

Говорећи о § 226. нем. грађ. зак. Планиол додаје: „Ово правило, које је на први поглед својом моралном тенденцијом врло примамљиво, вероватно ће се тешко примењивати, ако не остане мртво слово на хартији. Заиста да би вршење права било осуђено као антисоцијално, треба да оно нема никакав други циљ, до да другог штети; чим буде титулар права могао навести у своју корист какав интерес, његово је понашање дозвољено, јер би иначе свако вршење права било немогуће: трговина, животна конкуренција, социјални прогрес, развитак људске делатности зависе од тога. Али је судија дужан да испитује савести, да уознаје и мери мотиве; психолошка страна постаје главна. Бојати је се да грађанско законодавство тим не предузме једно дело изван својих снага!“

<sup>1</sup> „Traité élém. de droit civil.“ t. II. ed. 5. стр. 286—291.



Г. Ж. Перих је још детаљније развијао ове мисли упуштајући се више у порекло овога питања и његов значај у социјалном животу. Има данас аутора, вели г. Перих, који су против кодификације приватнога права. Они тврде да је право у непрестаној трансформацији и кодификација би могла само сметати развићу права. У Француској у време кодификације грађанског права владала је рационалистичка школа, наслеђена од философије 18. века. По тој школи правне су норме резултат чистог и здравог разума човековог, који је у стању друштво уредити по својој вољи онако као што геометар слободно црта своје фигуре на хартији. Декларација права човекових, продукт школе о природном праву и о уговорној теорији Локе-а, Гроцијуса, Русоа и њихових следбеника о томе нас уверава. Наравно да тим пре човек на основу свога разума, може регулисати и приватно-правне односе, који су много стабилнији него норме о државној организацији. Појмљиво је према овоме да кодификација приватнога права у Француској није наишла на противнике и да је сматрана као сасвим природна ствар. Наполеонов кодекс је *pendant* Декларацији Права човекових, која се може назвати јавно-правним кодексом. Приватно-правне студије у Француској после издања Наполеоновог кодекса, за дуго су имале исти правац, рационалистички, који је владао и у време кодификације. Рационалистичка га је школа створила, рационалистичка је школа тај кодекс и тумачила. Отуда у првим деценијама прошлог века сви коментаристи француски се труде да све нове појаве у обиму приватно-правних односа, вежу за грађански законик, да у њему нађу њихов регулатор. Наполеонов кодекс био је једна врста корапа, у коме се могао наћи одговор на сва питања, која је правни живот, сваким даном све компликованији, постављао. Коментаристе су полазиле од те поставке да су кодификатори једном за свагда, напртали плап приватно-правне стране друштвеног механизма и настојавали да у тај калуп све нове феномене на том пољу унесу и да им даду форму његову. У Немачкој је било сасвим другачије. У време француске кодификације у Немачкој није било општег грађанског кодекса, из простог разлога, што није било ни опште немачке државе; изузев Пруске, државе немачке нису такође биле кодификовале своје приватно право. Отуда тај факт да су правни

аутори у Немачкој били много слободнији и независнији, него у Француској у својим студијама. Без општег кодекса и њихов рад није могао бити на основи коментарисања и егзегезе. Тај рад добија због тога више научне форме, што се види прво по томе, што су дела немачких писаца била израђена по систематском методу; а за тим и по томе што је у њима употребљен исти метод, који и у природним наукама. Право се није сматрало у Немачкој као креација човечијег духа, већ се у њему видела једна врста организама који као и остали, прави организми, има своју прошлост, садашњост и будућност. Да се сазна тачно карактер установа правних у садашњости, треба их проучити у прошлости. Да се њихова будућност, ако не сасвим докучи, а оно бар надре, треба се такође осврнути на прошлост. И тако у место рационалистичке школе, која је владала у Француској видимо у Немачкој историско-правну школу, којој је ударно темељ Савињи. Историску школу убрзо замењује или боље концепцију њену о карактеру правних установа усавршава у Немачкој школа еволуционистичка. Право је по овој школи, организам, који стоји у вези са осталим друштвеним појавама, са економијом, моралом, политиком. Управо, право је производ свију друштвених појава и законодавац више констатује правне норме, него што их ствара. И ако по овој школи кодификацију треба одбацити: како се може кодификовати, то јест утврдити као нешто стално, оно што се непрестано мења, што сваки час еволуира? — ипак се није отишло до краја у том правцу, доказ је кодификација од 1896. године. Али неоспорно је ипак, да је кодификација немачког приватног права извршена под јаким утицајем школе еволуционистичке, то се види по важности која је дата обичајним правима. У ово време, кад се у Немачкој почело радити на кодификацији приватног права, посао који су Французи завршили пре сто година, у Француској у приватно-правним студијама почињу узимати маха правци који су се, као што смо видели, још од почетка прошлог века почели појављивати у Немачкој. Увидело се да рационалистичка метода није била довољна да савлада тешкоће, које су се на пољу приватног права све више појављивале услед све веће разноврсности и многобројности друштвених односа. У Француској видимо масу односа, који нису никаквом ко-



дификацијом нормирани, јер Наполеонов кодекс није могао све те односе укалушати, пошто их не садржи и пошто их није предвидео. Чегга да се сад држе у Француској? У почетку се мислило још да се бар држе основних принципа тога кодекса; судија би могао бити мало слободнији и да се при решавањима тих спорова руководи правним обичајима, моралним појмовима и општим културним стањем: *par le code, mais au — delà du code*. Читава плејада одличних правника пошла је куражно овим еволуционистичким правцем. Вероватно да ће и она тако слаба веза између грађанског законика и нових појава на пољу приватног права, веза која се још одржава у садашњем стању еволуционистичке школе у Француској, бити прекинута и да ће доћи чисто и јасно, без увијања формула: *au — delà du code, mais sans le code*. А крајњи резултат тога биће: да се систем кодификације просто одбаци, и да се у опште право примењује онако како до данас хоће еволуционистичка школа за односе, који нису кодексом предвиђени.

„Да су најновији правни писци у Француској ударили еволуционистичким правцем, то се између осталог врло лепо види из њихових студија о злоупотреби права (*l'abus du droit*). Развијајући идеју, коју су немачки кодификатори унели у § 226. и 826. грађ. законика од 1896. год. ти аутори постављају као принцип да титулар једнога приватног права не може од овога учинити употребу искључиво у циљу да другогме нашкоди. Дакле, титулари приватних права, при вршењу ових, имају да воде рачуна не само о својим интересима — као што се до сада мислило — већ врло често, и о интересима својих ближњих; другим речима и о интересима осталих чланова друштва, пошто су за нас, *друштво*, остали чланови друштва, осим нас. Из овога излази да се у еволуционистичкој школи осећа та тенденција да власници приватних права треба ово да врше на начин, како ће од тога не само они већ и цело друштво видети користи, или бар да ово отуда нема штете, што би било, кад би титуларима било дозвољено да при вршењу својих права, имају у виду *једино* своје сопствене интересе, а специјално би било онда, кад би њима било допуштено то да своја права врше без икакве користи по себе, већ једино на штету њихове средине. Тенденција та, пак, потиче од те идеје да човек

треба у главном да себе сматра, само као део друштвене заједнице, због чега он не може бити у своме кретању аутономан и водити само рачуна о себи. Јер би то значило да му је допуштено да друштву себе претпостави. Међутим друштво је старије од човека, јер човек једино помоћу друштва може опстати и напредовати. А та идеја да је човек само део једног великог организма, који се зове друштво, јесте чиста идеја еволуционистичке школе. Па кад је тако човек само део једног организма, онда наравно, све оно што он ради, па дакле и вршење права, не може бити уперено против целине, од које као што горе рекосмо и сам зависи и извап које би неминуно пропао. Напротив, човек своје радње, па према томе и вршење својих права, мора тако подесити да интереси целине буду такође задовољени. Као што видимо еволуционистичка школа мења карактер права, управо она уништава право. Јер право је значило онај круг, који је држава оставила појединцу и у коме је се он могао потпуно слободно кретати. Тај карактер право губи у еволуционистичкој теорији, пошто титулару права није више допуштено кретати се у оном кругу како хоће. Н. пр. он мора, видели смо, избегавати у томе кругу, све покрете, који су штетни по друштво а њему не користе. Идући тим путем еволуционистичка школа ће јамачно доћи до овога резултата: да ми не можемо, тако исто, *одбити ни вршење свога права*, ако то невршење нама не користи, а штети друштво. Другим речима ми ћемо наша права морати вршити не само онда кад је то по нас лично корисно, већ и онда кад би невршење његово било од штете по друштво, без обзира на то да ли је вршење права нама лично потребно или не. А ово значи да ће се у еволуционистичкој школи, право у приватно-правним односима, мало по мало претворити у *дуженост*. Као што се види еволуционистичка школа, толико противна школи *laisser faire, laisser passer*, мења из основа једним потезом пера, друштвену организацију<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> „Садашњи правци приватно правних студија у Француској и Немачкој (Архив за прав. и друштвене науке — књ. II. стр. 363. Преведено из „Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre“, Berlin, sv. 9. год. 1906. где је први пут овај чланак штампан). Исто је гледати г. Перин опшарно изложио у својој студији „Један поглед на



Право бар приватно, вели г. Перих на једном другом месту, јесте онај круг, у коме је воља дотичног појединца суверена. Концепција суверености искључује не само то да неко тога појединца може из тога круга изагнати, већ и то да се неко може једновремено са њим у томе кругу кретати. Отуда, ако би се допустило да неко други још, а не само ми, може нашим правом располагати, право би изгубило свој горњи карактер, оно не би било право. У друштву тада не би било приватних права, па дакле ни оних користи, које установа приватних права омогућава. С друге стране начело §-а 29. грађ. зак.<sup>1</sup> има своју основицу и у економским кон siderацијама. По правилу приватна су права резултат нашега рада, због чега ако би се дозволило да неко трећи може нашим правом располагати, имали бисмо ту последицу да би од нашега рада видео користи тај трећи, а не ми. Подстрека за рад тада би нестало, а нестанком рада био би и друштвени напредак, који је условљен радом, онемогућен. Али зато смо ми, напротив потпуни и једини господар својих права. Та апсолутност наше власти, у погледу добара, која имамо иде дотле да ми можемо не само од свога права видети користи онако и на онај начин како се то нама допада, већ нам је слободно: својим правом и не користити се.... И ову апсолутну употребу од свога права може титулар његов вршити једино с погледом на своје властите интересе. Другим речима, вршећи своје право он нема да води рачуна о туђим интересима. Са свим је равнодушна ствар: да ли ће он оваквом или онаквом употребом свога права, оштетити нечије интересе. Што ми не смемо, то је да повредимо туђе право, повреда која је немогућна све дотле док се ми ограничавамо на вршење само свога права. И заиста, како би било могућно да ми у исти мах будемо и у своје кругу кретања — круг који сачињава наше право — и у кругу кретања другог појединца? Нама је познат онај

еволуционистичку правну школу." (приказано на скупу Академије друштвених наука од 26. априла 1907. год. — „Глас српске Краљевске Академије" — LXXIV. стр. 122—267).

<sup>1</sup> Који гласи: „Што ко сам нема не може на другоме дати; и тако нико не може другоме више права уступити, него колико и сам има; као ни туђе."

физички закон, закон који се противи да једно тело може бити једновремено на два места. Кад би се кругови кретања појединаца не додиривали, као што је у ствари, већ би се секли, тада би било могућно да се ми, у исто време нађемо у своје и туђем кругу. Али, пошто се ти кругови не секу, онда је оваква могућност искључена.

Морамо приметити, наставља г. Перих, да је ова апсолутна власт власника над правима, која му припадају, власт која је у нашем приватном праву неокрњена, добила једно врло важно и интересантно ограничење у немачком грађанском закону.... Дакле, по немачком грађанском закону, ми смо апсолутни господар свога права само у толико у колико хоћемо да из њега извучемо за себе користи, и под тим условом нама је допуштено не водити рачуна о трећим лицима, односно допуштено нам је нанети вреда интересима тих лица. Али, ако ми вршењем свога права, немамо намеру да себи користимо, тада је наша апсолутна власт над правима ограничена у толико, да ми не смемо намерно штетити туђе интересе. У општем интересу забрањено је титулару једног права од овсга чинити употребу искључиво у том циљу да њоме неко треће лице оштети. Као што видимо у немачком грађанском законнику приватна права нису тако широка и апсолутна као што се то до сада мислило и допуштало: „она су тамо окрњена, подсечена." Круг кретања појединаца, у немачком приватном праву, ужи је него у нашем. Ова новина немачког грађанског законика, (за коју имамо доказ и у његовом § 826. оснива се на оној истој идеји на којој и теорија апстрактног или стварног уговора код предаје односно код креирања стварних права. Та идеја, то је: заштита интереса трећих лица, а тој заштити опет задатак је осигурање што развијенијих економских интереса. Кодификатори немачког законика били су под утицајем правне школе, чији је најјачи преставник *Ihering*, који је измеђ осталих врло оштроумних дела написао и књигу „Циљ у праву" — а тај је циљ *utilitas* — и који је економској страни права дао толики значај да је чак и од једног *факта*, државине, начинио *право*.

Осим тога, ова нова теорија немачког грађанског закона, позната под парадоксалним начином: злоупотреба права (*Missbrauch des Rechts, l'abus du droit*), у духу је еволуцио-



нистичке школе. Ова школа сматра друштво као један велики организам, од кога су људи само поједини делови. Како пак између свију делова једног организма има солидарности, јер они сви теже истом циљу, усавршавању организма, то те солидарности мора бити и међ људима, ако се жели напредак друштва. А човек не би био ни најмање солидаран са својим ближњима, ако се он, при вршењу својих права, не би апсолутно на њих освртао. За сада с погледом на још јако развијен човечији егонизам, не би се могло ићи дотле да се од нас захтева да, при вршењу својих права, имамо у виду не само наше интересе но и интересе наших ближњих; али што је могуће то је бар ово: да ми своја права не вршимо у том једином циљу да својим ближњима штете наносимо. Теорија злоупотребе права јесте први корак оној социјалној реформи, чија је према садашњим концепцијама, колективизам крајна тачка. Јер колективизам значи: преобраћање приватних права (приватних интереса) у друштвено, опште право (у друштвене, опште интересе) а речена теорија то преобраћање делимично још сада чини. И заиста ако ми своје право не можемо употребити у случају кад од те употребе нећемо видети користи, а трећа лица имају од тога само штете, онда то значи да је у тој мери наше право, које је до сада било потпуно, дакле постојало, у томе случају уништено. У чију корист? У корист трећих лица, у корист општих интереса, у корист друштва. А то баш, само у много ширем обиму, хоће у колективизам<sup>1</sup>.

Г. Перић није се тако јасно изјаснио против теорије злоупотребе права. Он је остао на оној висини са које посматра теорију, тражи њено порекло, указује на њене последице и унеколико будућност куда она води. Па ипак је очигледно да ти резултати до којих је г. Перић дошао не иду у прилог ове теорије. Оно што је г. Перић много категоричније учинио то је: да је противан еволуционистичкој школи, па према томе и теорији злоупотребе права као њеном производу. Слаба страна еволуционистичке школе, пише на једном месту г. Перић, састоји се на првом месту у томе, што она мења улогу судије; по тој школи судија се уздиже

<sup>1</sup> „О обвези заштите...“ стр. 15—18.

на степен законодавца. А то је баш оно што је опасно; судија има да примењује закон, а не да га прави и само под тим условом може бити сигурности у правним трансакцијама. Јер ако би судија био компетентан да нормира приватно-правне односе, несумњиво је да би у тим односима владала велика неизвесност: како у појединим судовима нису исте личности, и како у једном истом суду не остају увек једне и исте личности, то би и оне друштвене прилике које по еволуционистичкој школи ваља имати у виду у раду око постављања правних норма, биле предмет различитих, често субјективних оцена. Судски арбитражијум, и при садашњем систему, често је пута осетан, а како би он то био у систему у коме би правни закон био оно што би судија у својству посматрача и оцењивача социолошких феномена, узео као такав. До душе за сада се поборници еволуционистичке школе ограничавају, када је реч о судијама и о суђењу, на то да судија само у обиму оних приватно-правних односа који закони не предвиђају и не регулишу, буду, приликом изрицања правде, независни од закона, већ да те односе нормирају с обзиром на све оно, што би и сам законодавац, који би био еволуционист, имао у виду при том послу. Али еволуционистичка правна школа, када је већ овакав мотив новог метода интерпретирања закона усвојила, треба логички да учини још један корак даље, корак који у самој ствари присталице њене почињу да инаугуришу. Из оног истог разлога због кога судија код приватно-правних односа у кодексу нормираних, не треба на овај да се осврне, из тога истог разлога судија не сме да се држи кодекса ни онда ако је овај додуше предвидео и регулисао спорни случај, али је то учинио на један начин, који се апсолутно противи садашњем културном стању и садашњим појмовима. И када тако напослетку долазимо до тога резултата, да је, у систему еволуционистичком, судија у самој ствари потпуно еманципован од писаних закона, онда нашта ови? Кад се у томе систему примена закона фактички своди на то: да судија пред њега изнесени спор реши онако како му то диктују све социјалне прилике, које га окружују, зар није онда најлогичније и најискреније одбацити систем сваке кодификације и дати судији ону власт, коју данас има законодавац? А то је баш оно што би било опасно. Судија не



може бити законодавац ни стога, што се погледи са којима судија улази у расправљање спорова сасвим разликују од погледа који руководе законодавца. Судија при суђењу нема да штити ничије интересе нити да се за њих брине: његова је дужност да извиди и констатује који од парничара има право, немајући да брани ни интересе тужиоца ни туженога. Међутим код законодавца није тако. Законодавац, представник државе, мора стално да има у очима државне интересе, који су његовом старању поверени. За њега није све једно какву ће солуцију добити посао којим се он бави. Судија тако не би био ни добар законодавац, ни добар судија, а то не би био због своје двоструке улоге. Од судије би се тако начинила једна средња природа, ни законодавчева ни судијина — таман оно што се најмање може желети. Судија не сме бити законодавац још из једног разлога. Полазећи баш са чистога еволуционистичког гледишта, да закони треба да буду основани на социолошким приликама и из њих изведени, опет судија не даје довољно јемства за корисно вршење законодавног посла. Судијама не могу бити онако као правоме законодавцу тако добро познати сви факти и све околности које ваља имати у виду код доношења закона. Судије су више мање исте спреме, исте образованости и истих погледа, дакле, то је један елемент хомоген, то је истина, али с хоризонтом прилично ужим него што је хоризонт законодавца. Овај последњи састављен је из људи најразноврснијих по струци и занимању, има зато много више могућности да зна и оцени све оне друштвене прилике које не треба код конфекције закона обихи. Поборници еволуционистичке школе имају тежњу да човека и као ум начине предметом природних закона онако исто као што су минерали, биљке и животиње. По еволуционистичкој школи, човек иде путем трасираним му природним законима, немиковним и неодољивим, чијем дејству он умаћи не може. Наука која је негација слободне воље и која хоће да у колико је реч о надмоћности природних закона стави човека у исту категорију са животињама, биљкама и минералима. Философија која је само ново издање Спинозинога схватања о слободи воље. Западњачка форма источњачкога фатализма са тим додатком да су некултурни азиатски народи пре толико векова докучили једну истину, ако је то истина, до

које је тек сад дошла цивилизација европска. Доктрина врло погодна за људе, који неће или не могу да раде. Ова њиховој апатичности или њиховој немоћи даје један философски облик. Философија у сваком случају опасна по усавршавање човека, јер она одричући онај значај уму човеком који смо ми горе истакли одводи томе резултату да човекове напоре и труде претстави као немоћне пред „вечитим законима природе“ и да од њих као узалудних због тога људе одврати. Ко не види да би човек негирајући самога себе на овај начин, спуштајући се на ниво бесвесних бића, заиста у тој тежњи једнога дана и успео и тако оправдао еволуционистичку теорију, која за нас није толико основана као што се мисли<sup>1</sup>.

Ми се не можемо даље бавити излагањем последица еволуционистичке школе. Кад би нам било овде места ми бисмо се више позабавили јер сматрамо да су претеране и да је г. Перић ставио еволуционистичкој школи врло тешке, а донекле неоправдане, приговоре<sup>2</sup>. У колико се будемо морали осврнути на ове аргументе учинићемо мало ниже, али овде смо само хтели да покажемо колико је г. Перић противан еволуционистичкој школи, па према томе и њеном плоду теорији злоупотребе права.

Бодри почиње своје разлагање као и Планиол. Уживање свога права, вели он, не може никад бити елемент деликта или квазиделикта, јер не може једно дело бити и правно и противправно, у исто време, како је то лепо рекао Планиол. Римљани су тај принцип довољно јасно истакли својим формулама: *nullus videtur dolo facere....* и *nemo damnus facit* и т. д. Међутим од скора се почела у Француској ширити доктрина да вршење једнога права може створити злоупотребу. Ми мислимо да имају потпуно право писци, који је сматрају за нетачну — и тако им се и ми придружујемо. Докле се год човек затвори у границе свога права, он може само учинити *моралну* кривицу, али не и правну. Ако судије треба да сирече злоупотребу, по чему ће је онда познати? Не може се дозволити да тако деликатно питање буде решено независно од каквог руководног принципа. Најпозванији међу присталицама мисле да злоупотре-

<sup>1</sup> „Један поглед на еволуционистичку правну школу“ стр. 154—220.

<sup>2</sup> в. приказ Др. Ј. Марковића у „Архиву“ — 1909.



треба права не може бити резултат просте *намере* да се други оштети. Било би и сувише тешко да се ова открије, јер онај коме се пребаци да је злоупотребио своје право увек ће лако навести да је имао неки законити интерес што је уживао своје право, које се оптужује. Оштећени ће бити приморан да докаже да није тако било, а њему ће бити немогуће да то докаже и отуд у пракси заштита, коју треба да донесе собом теорија злоупотребе права, биће илудорна. Требао би се дакле ставити на друго гледиште. Салеј мисли да треба испитивати да ли је право, које се врши у сагласности са својим економским и социјалним циљем. То мишљење дели и Шармон. Али ма како то мишљење било примамљиво на први поглед, ми му се не можемо придружити. Вели се: треба гледати на економски и социјални циљ права; према *ком моменту* треба овај циљ посматрати? Да ли треба имати у виду овај циљ, који је сам законодавац имао креирајући једно право, или можда пре овај циљ, који треба сада праву одредити, водећи рачун о преображајима, који су се десили у друштву, од како је то право законом креирано? Очеvidно присталице злоупотребе права теже да се ставе на ово друго гледиште (Жосеран). Ако би имали у виду циљ, који је имао сам законодавац у виду, онда ова теорија не би имала никаква смисла, јер кад законодавац формулише једно право, он се побрине и да га затвори у границе, које су у његовим очима довољне да оно (право) не може ни скренути са свога циља. У осталом теорија злоупотребе права инсистира на томе да треба јуриспруденцију довести у склад са социјалним прогресом и развојем солидарности. Она се дакле ослања на економску и социјалну намену, коју треба *сада* признати праву. Али тада шта постоје жељени критеријум? Судије могу увек рећи да се овај циљ модификовао у тој и тој мери услед социјалне еволуције. Они могу чак и изјавити да извесно право и нема више ни економског циља, да нема више ни социјалног циља, и да се према томе оно злоупотребљава чим се почне вршити! Салејева редакција законског предлога имала би ту надмоћност што би се избегло свако психолошко истраживање. Тада се више не би тражило: шта је хтео онај, који је учинио злоупотребу, већ према свима околностима испитивало би се да ли дотични акт представља какав интерес,

који закон штити, било новчани било морални. То би било истраживање намере у *форми чисто објективној*. Овај нам систем не даје ипак више гаранције по прошли. Оцењивање корисности, које једно право чини своме титулару је у суштини субјективно и изазива као и истраживање намере, до крајности деликатно истраживање. У осталом врло често директно истраживање намере и константовање интереса се меша. Ја подигнем на својој кући лаку нараву н. пр. фотографски атеље. Сусед мој доказује да ово нема други циљ до да му закљони светлост и чист ваздух, да оно нема за мене интереса достојног законске заштите. „Ви то што фотографистете“, рећи ће ми он, „чините само да би прави циљ сакрили.“ Зар неће сад истраживање интереса, који ми мој акт даје, бити апсолутно субјективно? Ми мислимо да је довољно да би се заштитили сви интереси, који су достојни те заштите, и да би се поставила једна правна база разним судским одлукама изазваним социјалним потребама, да се, у место теорије злоупотребе права, придржавамо општег принципа: *сва су права ограничена*. Применимо овај принцип на парничаре. По сталној судској пракси може се осудити да плати штету свом противнику парничар који је водио парницу у злој намери или био у великој небрижљивости. Може ли се рећи да ту има злоупотребе права? Не. Право тражења судске заштите има своје *границе*. Оно се може вршити само ако се бране *законити интереси*. Најбоље ћемо још показати опасност теорије злоупотребе права ако покажемо резултат до кога су дошла два модерна законодавца. По формули немачког законодавца има да се испитује да ли вршење права има „једини циљ“ да другог оштети. По чему судија може то оценити? Зар то не значи захтевати од њега и сувише моћи опажања? Психолошка је анализа врло деликатна. Ако се не буде олако изјашњавао „он никада неће применити ту законску одредбу. Формула швајцарског законика: „очеvidна злоупотреба права нема законску заштиту“, је такође опасна. *Очеvidна!* Зар се тако мисли стати на пут самовољним одлукама судским! Оба ова законска текста отварају врата фантастичним оцењивањима<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Baudry—Lacantinerie et Barde: „Des obligations“, t. IV. 3. ed. стр. 537—544.



## § 2. Мартен, Есмен, Бифноар и др.

Мартен, професор Женевског универзитета, такође је противан овој теорији. Право је субјективно, вели он, дато човеку да би њиме постигао известан циљ. Оно што је битно код права, то је: слобода његовог уживања. А уживајући своја права човек увек ризикује да другога оштети. Докле је сад слободно другога оштетити? На то се никад позитивно не може одговорити. Вршење права у главном мора бити слободно, иначе би дошли у једну нелогичну ситуацију: признати човеку право, а не дати му да га ужива. Ова теорија злоупотребе права је још и опасна, јер потчињавајући вршење права услови да им циљ буде законит, она ствара једно деликатно и инквизиторско истраживање од стране суда, који према разним случајевима може одбити или признати праву његову заштиту по својој ђуди. Ми волимо више класично и традиционално правило: *qui suo iure utitur*.... Оно је једино у сагласности са логиком и социјалним интересом, јер само оно гарантује правну сигурност. Онај, који је делао у својој правној свери не прешавши границе; другим речима: онај који врши своје право загарантовано социјалним поретком, мора увек уживати законску заштиту и сваки закон, који би ишао за тим да му смета у његовој слободи ограниченој слободом другога, тај је закон противан правди<sup>1</sup>.

Есмен исто тако мисли да вршење једнога права не може ни бити недозвољено по француском закону нити је ова теорија начелно целесходна. Улазећи у истраживање намере, вели он, и учећи да право употребљено у злој намери, ма и без икаквог изигравања закона, може навући одговорност „бојимо се да морална кривица не замени правну и да се наше судије не претворе у цензоре“<sup>2</sup>.

Бифноар признаје да се свако право може злоупотребити и да злоупотреба права може и треба да се забрани, само то не прима за право *својине*. Ма колико суд имао племените намере, вели он, спречавајући злоупотребу права

својине, ипак „ја не видим како ће правно бити могуће утврдити границу онога што ће бити дозвољено сопственику и онога што ће му бити забрањено. Где почиње злоупотреба? Можели се у опште поставити принцип, да свака власт, која се садржи у праву својине, чим се буде вршила једино у циљу да се други оштети, а без користи за сопственика, може постати грађански деликт? Ако је то тако, онда сва права садржана у праву својине нису по себи законита, већ се оправдавају једино према свом циљу; она не постоје или не могу бити пуноважно остварена, до једино кад имају један законити узрок осим самога права својине; а овај је узрок намера онога, који их врши. Својина није више довољна сама по себи да оправда уживање ових законских овлашћења, која су у њој обухваћена. Рећи ће се да су то само извесна овлашћења, која би могла бити предмет злоупотребе, али како их разликовати од других? Имали бисмо дакле у једноме праву овлашћења главних и битних, која га конституишу и које титулар права може вршити не водећи рачуна о свом циљу; и овлашћења споредних за која треба још и законити циљ. То би значило увести у употребу ових прерогатива законских, која се садрже у једном реалном праву, сличну идеју појму узрока (*causa*) у стварању облигација. Аутономија воље није довољна да се човек обвезе, закон хоће да зна зашто се она обвезује и хоће да оцени њен циљ. Исто тако аутономија својине неће бити довољна да оправда апсолутну употребу ствари, која је предмет својине. Закон је законским и административним службеницима одредио у којој мери један сопственик може вршити своје право својине на једној ствари, а после тога: све што није забрањено, дозвољено је“<sup>1</sup>.

Имамо писаца правника, који се слажу са идејом наше теорије, али је не признају све докле док је не виде узаконјалу. Они су дакле противници њени ако се она схвати као правило „природнога права“ и која се „по себи разуме.“ Теорија злоупотребе права, вели француски правник Сала-

<sup>1</sup> A. Martin: „L'abus du droit et l'acte illicite“ (Zeitschrift für schweizerisches Rect“ — Basel, 1906. стр. 48).

<sup>2</sup> „Sirey“. 1898. 1, 17.

<sup>1</sup> Buffnoir: „Propriété et contrat“, стр. 807—809. У почетку био је против ове теорије и Шармон. „Заситићемо се брао самоможе судске и вратићемо се поново римском правилу: „neminem laedit, qui suo iure utitur“; писао је он 1898. год. (Revue critique.... стр. 145).“



сон, нема потребе да се брани у погледу правичности и морала, али у погледу законитости врло је ризична. Свима случајевима ове одговорности не достаје основ и једина доктрина, која је сагласна са законом, састојала би се у томе, да се постојање такве одговорности одложи док закон не формулише један систем, који и ми желимо. Иначе је могуће да се учине акти *in iure* па да ипак буду злоупотреба. Али кад су се та питања ставила пред суд, овај је поступао од прилике као оно претор римски, који је почео применом грађанског закона, затим под његовом да га допуни или расветли, увек им по нешто додавао док није довршио са одредбама очигледно противним закону. Судови су се мало по мало удаљавали од чл. 1382. *cod. civ.* и најзад су конструисали једну теорију која ако није у контрадикцији са овим чланом, а ово је бар изван његовог домаћаја. Има дакле злоупотребе права, али је француски грађански закон не признаје и кад један суд спречава ту злоупотребу он доноси законе у место да их примењује. Ако ће моралист рећи да законодавство увек долази доцна, правник мора признати да јуриспруденција иде брзо напред. Закон не зна за злоупотребу права нити је шта више та теорија у духу закона. Редактори Наполеоновог кодекса у егзизму њихове индивидуалистичке доктрине сматрали су право као апсолутно. Ми се поклањамо тенденцијама нове доктрине и све што јој пребацујемо то је: рано је пожелела да стечени резултат огласи за законит<sup>1</sup>.

Исто гледиште имају Жобер и Битен. Радећи тако, велики први, јуриспруденција заједно са заступницима теорије прокламује један важан и опасан принцип, пошто водећи ка ограничењу права, уноси праву пометњу у социјални живот, јер му не достаје законски основ. Никакав закон не говори шта је злоупотреба и по чему онда судије да је познају? Какве гаранције имамо ако се остави све њиховој савесности? У њиховим одлукама огледаће се само њихово душевно расположење, које ће зависити од разних услова и прилика њихове средине. Право мора бити једно гвоздено правило, које ће чврсто управљати спором, а не правило, које ће се као оно олово растапати и очвршћавати према

<sup>1</sup> Salanson: „L'abus du droit“, Paris, 1906. стр. 140.

потребама и подешавати према способностима људским<sup>1</sup>. Ова нам теорија, вели Битен, изгледа дужна и опасна у своме принципу, а непотребна и илузорна у практичној примени. Допустите је једном, она ће постати клица, против које ће се моћни организам правни морати дуго борити, али која ће га ипак погађати у његовим животним елементима<sup>2</sup>.

### § 3. Теорија конфликта права.

Вредно је напоменути и у кратким цртама приказати покушај Десарто-а да изнађе извесну средину и измири присталице и противнике теорије злоупотребе права. Пре свега он се не слаже са излагањима присталица ове теорије. Они виде злоупотребу права, вели Десарто, у намери да се други оштети или у извртању *економског и социјалног циља* права, које је уживано. Критеријум је први врло опасан, јер он, и ако доктрина и јуриспруденција избегавају психолошка истраживања и код обичних деликата, обнавља та истраживања при вршењу права, што је много теже применити. У пракси он чини да теорија злоупотребе права постаје илузорна или сурова: заиста, тај критеријум ће или приморати оштећенога да докажује да штетник није имао никакав интерес при уживању свога права, а то је немогуће доказати; или ће он довести титулара права у тешку ситуацију да докажује како је он имао извешан законски интерес при вршењу свог права. Овај критеријум сем тога оставља нерегулисан велики број оштећења без икакве зле намере (н. пр. када фабрички дим штети околне усеве). Најзад тај критеријум може имати настраних последица. Ако патрон није хтео примити неке раднике једино да би шкодио синдикату, чији су ови чланови, његово неуговарање, уздржавање да склопи уговор о најму с радницима, је по том критеријуму злоупотреба. Али онда за шта ми нећемо све одговарати кад морамо одговарати и онда што смо, не делали, већ што смо се уздржали да деламо; да одговарамо и зато што нисмо закључили уговор који би био другима користан. Онај

<sup>1</sup> Ch. Jaubert: „L'art. 1382. du code civil et la justice d'équité“, (Revue critique . . . . 1906. стр. 362).

<sup>2</sup> Buttin: „L'usage abusif du droit“, Grenoble, 1904.



други критеријум тешко је опет примити због његове немогућне примене. Извртање социјалног циља права! А ког циља? Да ли онога, што га је имао законодавац у доба промуглације закона и тада ће често бити злоупотребе и кад се право врши потпуно у његовом економском циљу, или извртање циља, који право може имати у моменту кад се спор појављује, и онда ће се десити да, пошто су услови социјалног живота измењени, право постане злоупотреба у свима његовим манифестацијама, при свакој његовој примени. Каквим све последицама неће овај критеријум одвести! Тестатор, који нема наследника с правом на законски део, а који одреди себи за наследника једно страни лице, мизантропа, као и сам што је, једино из мржње према својим сродницима, зар он не скреће своје право слободног располагања имовином с његовог економског и социјалног циља? Али ако буде опет дато право сродницима овога да критикују мотиве акта његове последње воље, који им се не допадају, каква гаранција остаје слободи тестирања? Индустријалац, који је потпуно часним спекулацијама, претпоставимо, упропастио све конкуренте и створио себи монопол на велику штету публике, да ли ће бити одговоран што је изврнуо прави циљ слободне конкуренције итд.? Сем тога овај баш критеријум неће моћи објаснити многа решења. Индивидуална својина се оправдава баш зато, што је она подстрекач активности једне индивидуе и допушта му да уложи сву могућу снагу у извесно односно предузеће; али ако је тако, у колико је ова апсурдност нија у толико све више одговара своме циљу и титулар ће објаснити критикама на њ управљеним против неморалне употребе његовог права овако: „Моја неограничена слобода је потребна ради извршења социјалног циља својине“. Патрон који је отпустио свога радника, вршио је своје право, које му је загарантовано принципом аутономије воље, према чему никоме не може бити обвезан ако то није хтео; отпуштајући свога радника, разуме се о уговореном року, или ма кад, ако рока нема, он баш остварује циљ свога права, које се састоји у томе: да се осигура неограничена слобода његовог избора радника. Према томе ту не може бити реч о неизвршењу „економског и социјалног циља“ права, па ма из ког разлога он отпустио радника.

Може ипак бити злоупотребе права, али ова се састоји

у „повреди другог права, које се мора исто тако поштовати.“ Ту идеју треба генерализовати и онда би имали по првој терминологији у место злоупотребе права, *конфликт права*.

Кад се усвоји тај принцип онда није тачна примедба Планиолова, продужује даље Десарто, да један акт не може бити у исто време праван и противправан: акт који нам се појављује као злоупотреба садржи се у праву *штетника*, али је противан праву *оштећенога*. Има у будуће једно место између дозвољенога и недозвољенога акта за акт злоупотребе: дозвољен је акт, који је извршен при уживању права и не вређа туђе право; недозвољен је онај који није извршен при уживању права и вређа туђе право; а злоупотреба је онај акт, који је извршен при уживању права, али вређа туђе право. Конtradикција дакле, коју је Планиол приметио код теорије злоупотребе права, тако отпада с појмом конфликта права. Конфликт пак тај постоји чим имамо сукоб два интереса, која су непомирљива, а оба законом заштићена. Надмоћност ове теорије конфликта огледа се и у томе што се самовоља судије сужава; право се неће тако спречити у вршењу по слободној оцени суда, већ само када оно буде према себи имало друго право. Истина је, приметити се, да од два права у конфликту суд нема разлога да једно другом претпостави, и онда конфликт остаје нерешен. Али „ја мислим да здрава правна метода, кад се конфликт докаже, дозвољава да се истражује, који од та два интереса има да уступи пред другим.“ Новчани интерес нема разлога да уступи другом новчаном. Али „ако је интерес тужиоцев његов живот или слобода, а интерес туженога новчан; затим ако је интерес првога дозвољен и озбиљан, док је интерес другога недозвољен и најзад ако је тужени могао немодификујући циљ у ком је хтео уживати своје право, ублажити своје право, ублажити неприлике, које је ово вршење могло другоме нанети“, онда увек право туженога мора уступити праву тужиоца. Ако нема ништа од свега тога судови не могу постојеће стање мењати<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> M. Dessarteaux: „Abus de droit ou conflit de droits.“ (Revue trimestrielle de droit civil — 1906. стр. 138).



Ми ћемо се доцније позабавити овим покушајем да се нађе извесна средина, па ипак ћемо одмах рећи да он нема успеха. Пре свега није могуће да ја имам *право* на један акт, а и друго лице да има *право* да ме у томе акту спречи, те је тако немогућ *конфликт права*. Јер чим неко има право да ме спречи у једној радњи значи да ја немам право на ту радњу. А после у сукобу интереса истраживати чији је „озбиљнији“ и „претежнији“ не значи ништа друго до Садејево истраживање намере у форми објективној. И ту се онда Десарт спушта на ниво објективних теорија, и ако их је комбатирао, само другим путем, т. ј. забранити вршење права и тражити накнаду ако је интерес титуларев мањи и неозбиљнији од интереса оштећенога, другим речима ако је вршење права *ненормално*.

### III. ОДЕЉАК

#### Позитивно страна законодавство.

Према досадашњој доктрини теорија злоупотребе права је потпуно новог и скорашњег порекла. Ако не рачунамо писце по којима је идеја те теорије један принцип „природнога права“ и према томе старији од свих законика, онда остаје ова теорија или као творевина немачког грађанског законика од 1896. године или по некима и творевина француске јуриспруденције, коју ћемо мало ниже изложити. Ни једно ни друго. Теорија је ова као законска, усвојена законодавном влашћу и прокламована као закон, у колико смо ми дошли у историском истраживању, пореклом из римскога доба. То смо већ и доказивали и нећемо се натраг враћати. Али ако пођемо даље, ми ћемо наћи аутентичних података до којих нису дошли најозванији у овом питању, т. ј. браниоци ове теорије. На првом месту говори се о немачком грађанском законнику као да ју је он први прокламовао. Апстражујући римско законодавство, ми налазимо ову теорију јасно и прецизно прокламовану у грађанском законнику западне Галиције, који је постојао пре данашњег аустриског грађанског законика од 1811. године, али коме писмо могли наћи дан постања. У томе законнику било је од речи до речи

ово: „Закон не штити ни завист ни пакосно оштећење другог<sup>1</sup>“ и тај је пропис био одмах иза једнога, који је постављао правило да: ко врши своје право, не одговара за штету другогме нанету, и дошао је као ограничење овога начела. Као што видимо § 255. галиц. закона у суштини није ништа друго до данашњи § 226. немачког грађанског законика. Даље: пре доношења данашњег немачког грађанског законика за целу царевину Пруска је имала свој грађански законик у коме је био овакав један пропис: „Нико не може злоупотребљавати своје право својине на штету другог<sup>2</sup>“ — § 27., а одмах за тим и овај: „Нико не одговара за накнаду штете, коју нанесе другом вршењем свога права својине, сем ако је јасно по свима околностима да је онај који је своје право врши између више начина тога вршења изабрао намерно овај, који би за другог био штетан“ — § 36.<sup>2</sup>, и то је такође једна врста забране шиканирања, а што су француски правници из раног доба, видели смо репродуковали.

И то све ипак припада историји. Да пређемо на позитивно законодавство; оно, које је данас у снази. И ту су се сви правници огрешили о један законик, који је прилично старији од немачког и који је као такав пре њега санкционисао теорију злоупотребе права. Ако оставимо на страну српски и аустријски грађански законик, код којих је већ подељено мишљење и само једно научно и добро тумачење може открити ову теорију, онда имамо најстарији позитивни грађански законик у коме је она лепо формулисана, а то је имовински законик за краљевину Црну Гору од 1888. године. У овоме законнику постоји чл. 1000. који гласи: „*Ни својим се правом служит' не мо'ш, тек другогме на штету ил. досаду*“, а то је од речи до речи § 226. нем. грађ. зак.

<sup>1</sup> „Das Gesetz begünstigt Weder Neid noch Schadensfreude“ — § 225. (в. *J. Windeyer*: „Das österreichische bürgerliche Recht“, Wien, 1832. св. II. стр. 109).

<sup>2</sup> „... Wenn aus den Umständen klar erhellt, dass derjenige welcher sein Recht ausübt, unter mehreren möglichen Arten der Rechtsausübung die dem Anderen nachteilige in der Absicht, demselben Schaden zuzufügen, gewählt hat“ (в. *E. Steinbach*: loc. cit. 25; — *E. Martin*: „Das Chikaneverbot des B. Gesetzbuchs“, Leipzig, 1907. стр. 30).



Сем тога у истом имовинском законнику има и једна оваква одредба: „Ко год ради или врши оно што је властан радити, он никога не вређа, па је без одговора баш и онда, кад би од тога коме другоме и какве штете било. Ипак он треба да вршећи своје право, не пређе границе своје власти, нити учини што противно правилима благонравља или поштења“ — § 943. Тако је по њему забрањено вршење права које се противи „моралу“ и „поштењу“, а такав је истоветно и § 826. нем. грађ. зак. који је дошао као допуна одредби §-а 226. Али то ћемо све сад изложити.

У Немачкој први пројекат новог законика није био предвидео ово питање. Водило је се о њему рачуна, али је комбатирана ова теорија и зато у пројекат није ни унета. „Ма како изгледало, вели се у његовим мотивима, правично спречити злоупотребу једнога права, вршење његово преобращено у шикану, ипак би било с друге стране опасно узаконити један општи процес у том циљу. Права су нам дата зато, да би нам се омогућило задовољење наших потреба и постигнуће оправданих циљева. Закону је задатак с тога да призна само она права, која имају услове да послуже општем добру људске заједнице. Ко ужива једно право, што му је признато, тај остварује своју законом признату вољу заштићену с погледом на интерес овога. Ни мало не би било паметно отварати врата једној препирци око интереса, који титулар права, при вршењу овога, има и којег интереса егзистенцију посведочава само то, што титулар врши своје право. Оно што би се хтело тим да постигне, постигло би се само у малом броју случајева. Нека би и постојала намера за оштећењем другога при уживању права од стране његовог титулара, противник ће, ма и под владом доказне теорије слободног судског уверења, врло ретко моћи доказати да титулар права нема никакав интерес при делању. Подизаће се смели процеси, и ова ће се завршавати одлукама судским, које ће по својој садржини бити врло сумњиве вредности. И тада ће се десити да се оно, што се предузело у циљу спречавања злоупотребе права, почне злоупотребљавати на сузбијање правнога делања, на ослабљење самих права. Пројекат стоји на гледишту: да се о свему томе ништа не треба да говори. Одобрити опет у закону вршење права, које показује само шикану, било посредно или непо-

средно, нити је потребно, нити је паметно, јер би се опет у томе случају и сувише лако одобравало ово заиста неморално понашање човечије<sup>1</sup>.“

У законодавном телу је ипак при читању овога пројекта било предложено да се унесе једна одредба по којој би вршење права било забрањено ако би то вршење било „према приликама случаја противно моралу“ или евентуално да се редигује тако да је то вршење забрањено „ако се покаже да вршење права нема за његовог титулара никакав интерес, а другоме наноси знатну штету.“ Предлози су одбијени из разлога изнетих у мотивима и још рекло се да би тиме „на врло опасан начин на место категоричних правних норма дошло субјективно мишљење судије и избрисала би се граница између закона и морала<sup>2</sup>.“ Затим уз § 848. пројекта по коме је сопственик могао својом ствари располагати „по својој вољи“ предлагано је да се дода: „Ако он радњом, коју предузме при вршењу свога права својине на начин противан моралу, другоме намерно штету причини, дужан је ову накнадити<sup>3</sup>.“ На тај се начин хтело да ограничи власт сопственика над својом ствари јер се у речима „по својој вољи“ видела отворена врата злоупотреби. И тај је предлог одбијен. Да приметимо да је и по њему и по оној првој редакцији злоупотреба права постојала ако је дело противно моралу, а то је критеријум исти који и код црногорског законика у § 943.

Тек у трећем пројекту *Bundesrath* је унео једну овакву одредбу: „Вршење права својине није дозвољено, ако има за циљ једино да другога оштети“ — § 887<sup>4</sup>. Кад је пројекат тај дошао пред *Reichstag*, овај је то правило генералисао на сва права. Нашло се да би било нелогично спречити само злоупотребу права својине, а не и осталих права. Збиља питали би се: зашто правити ту разлику? С тога Рајхстаг избрише поменути § 887. и донесе данашњи § 226. у општем делу законика као опште правило за вршење свих

<sup>1</sup> „Die Motive zu dem Entwurfe des B. Gesetzbuchs“, Bd. I. стр. 274.

<sup>2</sup> *Steinbach*: loc. cit. стр. 28.

<sup>3</sup> в. *E. Martin*: „Das Chikaneverbot...“, стр. 36.

<sup>4</sup> „Eine Ausübung des Eigenthums, die nur den Zweck haben kann einem anderen Schaden zuzufügen ist unzulässig.“



права, а по њему, као што знамо: „Вршење једнога права није дозвољено кад оно има за циљ само то да другога оштети.“ У извештају законодавног одбора вели се: „Предлог овај хоће само да оно, што је овде већ признато, подигне на један општи принцип, што без сумње треба учинити, јер је реч само о општој примени, а не о примени овога правила у једном делу правном и што то одговара општим правним принципима.“ Чланови одбора, који су издвојили мишљење, опет веле: „Што § 887. одређује за право својине, то ће се нема сумње применити и на остала стварна права. Али проширивање овога правила на облигационо право имаће за последицу пре да шикану умножи, но да је спречи. Тешко ће неко моћи с правом рећи за другога, који му буде захтевао испуњење обавезе, да вршење његовог права нема други циљ до да другога оштети. Исто тако ће дужник, од кога се у неподесно време буде тражило испуњење обавезе, бити често склон, да истакне шикану и непоштеном дужнику ће се тако дати у руке једно средство за развлачење парница<sup>1</sup>.“ Предлог је однео победу у законодавном одбору са врло малом већином а на седници Рајхстага више није ни комбатиран.

У трећем пројекту био је § 810. овако стилизован: „Ко делом предузетим не у вршењу права законом му признатог, на начин противан моралу другогме намерно штету нанесе, дужан је ову накнадити<sup>2</sup>.“ Законодавна је комисија после кратке дискусије набацала онај део „делом предузетим не при вршењу законом му признатим правом“ јер је био и излишан и сасвим неумесан. Јер ко другогме нанесе штету не вршећи своје право, тај вређа *туђе* право и одговоран је без обаира да ли је та радња неморална или не већ по § 823. (садашњем). Овде се хтело да казни неморално делање баш и ако се врши право и тако је постао садашњи § 826. по коме: „Ко год делом противним моралу, намерно

<sup>1</sup> Stenographische Berichte des Reichstags; 9. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/97. III. Auslageband, Berlin, 1896. стр. 1960

<sup>2</sup> „Wer durch eine Handlung die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

штети другога, мора нанети штету накнадити<sup>1</sup>.“ А овај члан је онако као и прногорски чл. 943. узео за критеријум злоупотребе права *морал* или како би ми то рекли према српском грађанском законнику „блага нарави.“

Па ипак главна је одредба у § 226. и она има да послужи као општи принцип вршења права. Али њему као таквом већ стављају се тешки приговори. Ендеман вели да је њиме прокламован принцип, чије се опасности још не могу да предвиде, ако у опште не остане „мртво слово на хартији.“ Јер само је оно вршење права недозвољено, које има за циљ *једино* да другога оштети. „Да ли је пак могуће замислити титулара једнога права, који при уживању овога нема никакав интерес, до једино да другога оштети, у ком би се случају само могло применити помепуто правило?“ Исту примедбу је учинио, видели смо, и Планиол и Бодри као и сви противници субјективних теорија. Свакако отуда и у пракси је постао § 226. тешак, јер се често позивање на шикану као неосновано пред судовима одбија пошто нема „јединог циља“ да се други оштети<sup>3</sup>. Отуда и Салеј вели да су §§ 226. и 826. нем. грађ. зак. у контрадикцији, јер док је први стао на чисто субјективно гледиште: истраживање намере, други је на објективно: испитивање *моралности* једне људске акције<sup>4</sup>.

У ствари погрешно је разумети и субјективни систем и § 226. нем. зак. ако се мисли да је потребно констатовати буквално *једину* намеру за оштећењем другога, па да једно вршење права буде недозвољено; а још више би било погрешно истраживати у опште *намеру* онако како противници овог субјективног система мисле и ову схватају. Цела ова теорија о злоупотреби права има један свој циљ кога правници могу лако у суштини разумети. Једном схвативши добро њен циљ речи законске могу бити и мало непотпуне,

<sup>1</sup> „Wer durch eine Handlung in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

<sup>2</sup> Endemann: „Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs“, Bd. I. стр. 357—361.

<sup>3</sup> F. Martin: loc. cit. стр. 91.

<sup>4</sup> „Etude sur la théorie générale...“ стр. 371.



ипак се законско правило може разумети. То је зато што је често немогуће дати тачно дефиницију и редакцију једног правног правила. А према идеји те теорије не треба буквално схватити речи и мислити да судија мора да продре у мисли једног човека и прозре у његово психолошко стање непосредно, већ то стање треба закључити по свима спољним приликама и знацима. Ко по примеру Бодријевог подигне неке фотографске направе да суседу спречи светлост, заступа ће увек моћи навести у своју корист неки интерес, али ми мислимо да збиља то није за суд нека нерешима заговетка да извиди је ли то само изговор или је збиља његова потреба и законити интерес, и је ли он дошао на ту идеју заиста само да суседу закљони светлост. Узмимо симо наш пример у уводу из наше судске праксе. Када власник службености пута неће да прими нов пут, да ли би за суд било неко погађање пророчанско о томе: врши ли он једино у намери да другог штети своје право или не? Кад би суд учини увиђај и констатовао, а то је тако лако, да је и други пут исто онако погодан као и први, зар онда није јасно да господар пута врши своје право *једино у намери* да другог штети. Неће суд њега довести преда се и погађати му мисли, већ ће испитивањем свих прилика и околности, другим речима једним *објективним* путем доћи до тога закључка да титулар врши своје право једино у циљу да другог штети. И ако би то било мало, и ако би на страни титуларовој баш био и какав озбиљан интерес, али је ипак дело неморално, онда ту је § 826. који је, по нама, само допуна §-у 226. а никако да му је противречан.

Тако треба разумети § 226. и тако су га многи правници и разумели, те им он не изгледа мртво слово на хартији. Планк вели: „Закон неће да се, ако вршење права може имати разне циљеве, предузме какво психолошко испитивање, да би се са знало који циљ титулар права има. Треба према околностима да се покаже да вршење права *може* имати једини циљ да другог оштети<sup>1</sup>.“ Кроче вели да се вршењем свога права може другоме нанети штета, али очигледан неморал у том погледу не може имати законску за-

<sup>1</sup> G. Plank: „Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz“, Bd. I. стр. 276.

штиту. Вршење права не сме прећи у шикану. И ако се божало да се овим правилом не отворе врата правној несигурности, ипак је редакцијом § 226. опасност у колико је могуће отклоњена. Шикана мора бити очигледна, а она ће се познати по томе што вршење једнога прова *може* имати једини циљ да се други оштети. То ће се пак познати испитујући разне околности и прилике<sup>1</sup>. Исто мишљење заступају и Хелдер<sup>2</sup> и Кил. Овај последњи вели: „Случај из § 226. биће дакле онда, ако се докаже да је за титулара права сваки други циљ искључен до једино да другог оштети, или ако се према објективном стању ствари докаже да његовом делању не може бити никакав други мотив до једино да другог оштети<sup>3</sup>.“

Сем §§ 226. и 826. има у немачком грађанском законик у још одредаба, којима се спречава злоупотреба права. Тако по § 905. тога законика сопственику једног непокретног имања припада и онај атмосферски простор изнад овога као и земљи слободан испод тог имања, па ипак „сопственик се не може одупрети оној радњи, која се врши толико у дубини или висини, да он нема никакав интерес да је спречи“ — § 905. грађ. зак. Исто тако држалац једне ствари осуђен да је врати њеном сопственику може се с ове скинути, одвојити оно што је с њом сједино, али не „ако то одвајање нема користи за њега“ — § 997; правило које смо видели да је важило и у римском праву. Затим нико не може своје имање копати тако да се суседно имање, изгубивши наслон почне осипати, сем ако се ово вештачки не осигура од осипања подупирањем — § 909. Сопственик једног имања може посећи гране са дрвета суседног имања, које су прешле на његово имање као и корен тога дрвета, па ипак он то не може чинити ако га те гране и корење ништа не штети већ би их секао само да суседу напакости — § 910. Шта више своје право ја не могу често уживати не зато што отуд немам користи, а другог тиме штетим, већ и кад бих имао

<sup>1</sup> C. Crome: „System des deutschen Bürgerlichen Rechts“, Bd. I. стр. 530.

<sup>2</sup> Hölder: „Comentar zum Bürg. Gesetzbuche“, München, 1900. св. I.

<sup>3</sup> „Das B. Gesetzbuch“, erleuchtet von G. Hoffman, Bückner, Erlar, Burlage, Buch, Ebbecker, Kiel, Schafeld und Schmitt — св. I. стр. 194.



користи, само ако је ова далеко мања но што је штета другог. Тако „сопственик не може забранити неком да се послужи и његовом ствари, ако је то неопходно потребно да би се отклонила нека садашња опасност несравњено већа него што је штета, која може за овога отуда проузгавати. Он може само тражити да му се накнади штета нанета тиме“ — § 904. Затим супрузи су дужни да заједно станују, али ако један супруг у погледу заједничког живота износи такве захтеве „који се преставаљају као злоупотреба права“ други супруг не мора се томе захтеву повинovati — §§ 1353. и 1354. ал. 2. Исто тако жена има права на основу § 1357. да врши извесне правне акте у име мужа, муж јој опет ово право може одузети или сузити, али не „ако се то искључење појављује као злоупотреба права мужевљевог“ — § 1357. У истом смислу имамо једну одредбу у § 1358. Ако за извешан правни акт у погледу администрације имања мужу потребује и одобрење женино, онда муж може свршити тај посао и без тог одобрења жениног, већ с пристанком старатељског суда само ако жена не да пристанак „без довољних разлога“ — § 1379. и § 1447. Исто тако обратно ако жени треба одобрење мужевљево, она може изискати одобрење старатељског суда само ако муж одбија пристанак без „умесних разлога“ — § 1402. Муж управља имањем у режиму заједнице добара и „није одговоран према жени у погледу те администрације“, па ипак мора накнадити штету, коју је заједничко имање претрпело ако је он то учинио „у намери да жепу оштети“ — § 1456. Ако отац не да пунолетном сину одобрење за женидбу „без икаквих озбиљних разлога“ (*ohne wichtigen Grund*), онда син то одобрење може тражити од старатељског суда — § 1308. То исто може чинити и ванбрачно дете ако му мајка не да пристанак за брак, а тај непристанак би детету нанео огромну штету — § 1727.

Ми ћемо овде завршити са излагањем одредаба немачког законика, које се односе на злоупотребу права не непревени до краја њихову листу. Приметићемо само да нам многе од ових сада поред §§ 226. и 823. изгледају потпуно неистребне, јер, то што се хоће овим сад наведеним одредбама, баш се хтело и §-ом 226. да постигне. Зашто онда понављање?

После немачког грађанског законика теорију злоупотребе права је усвојио и нови швајцарски<sup>1</sup>. Али овај није усвојио систем немачки. У првом пројекту од 1900. године питање је било третирано приликом оног дела грађанског законика, који говори о праву својине, дакле исто што је био учинио и *Bundesrath* у Немачкој. У томе пројекту је писало: „Сопственик једне ствари има право да њом располаже слободно у границама законским. Он се може њом служити на најапсолутијнији начин, само да не дела *очевидно у циљу да другог оштети*“ — 644<sup>2</sup>. У мотивима тога пројекта овако се бранила ова одредба: „Законодавство свих времена је сматрало да се индивидуална својина мора признати као и људска личност. У осталом појам својине се намеће чим се помисли на једно организовано друштво. Моје и твоје, то су увек најнепосредније манифестације права. Одредујући шта може бити предмет приватне својине, уређена је једна од најважнијих функција социјалног живота, јер би и сама личност била једна гола апстракција ако јој се не би признала моћ стицања, у ствари, она постоји у техничком смислу речи само на тај начин што може да узме свој део од добара заједнице. Није могуће појмити право без својине, она је у неку руку његова логична последица... Рећи да је неко сопственик једне ствари значи објавити да се он њоме апсолутно служити може само у колико то не би вређао јавни поредак и права трећих лица... По себи се разуме, да не заборавимо, да вршење права својине не само не треба да вређа права трећих, већ се мора одржавати у границама постављеним поштовањем које *савесност (la bonne foi)* гарантује законитим интересима других лица; ова стара идеја, освећена традицијом, сасвим природно се мора наћи у будућем швајцарском законнику. Она се некада признавала на тај начин што се примењивала на једну особену хипотезу, на подизање грађевине очигледно у циљу да се други оштети (*Neidbau*). Пројекат забрањује на један општи начин свако-

<sup>1</sup> Довет 1907. год. а ступио на снагу ове 1912. год. 1. јан.

<sup>2</sup> „Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement dans les limites de la loi. Il peut en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui“ — § 644. avant-projet du département fédéral de justice et police.



вршење права својине у циљу да се други оштети. Свакако моћиће се приметити овоме правилу да онај ко врши своје право никогa не штети и да је то тачно нарочито за сопственика који по својој угодности ужива своје право својине. Али својина, ма колико у теорији био њен карактер апсолутан не лежи ни ван ни изнад социјалног поретка. Према томе допуштено је да се она сузи принципом да се свакоје право мора штитити и да на крају не може бити права која су противна јавном интересу. Решити противно, значило би одузети праву његову улогу, која му се састоји у томе да чува сва добра која су тог чувања достојна. Може се потпуно дозволити чак да на основу наведеног члана пројекта (чл. 644.) сопственик мора пристати да се у појединим приликама створи анкета, која би имала да испита да ли он не злоупотребљава своје право<sup>1</sup>.

Међутим еволуција овога питања има исту судбину као и у Немачкој. У дефинитивном пројекту који је *Conseil fédéral* упутио године 1904. Савезној Скупштини (*Assemblée fédérale*) у место поменутог §-а 644. ал. 2. налазимо § 3. по коме је овај принцип већ генерализан на вршење свих права и који гласи: „Онај, који очевидно злоупотребљаје своје право, нема никакву законску заштиту<sup>2</sup>.“ У мотивима овога пројекта вели се: „Члан 3. предвиђа злоупотребу коју појединци могу чинити вршећи своја права; пројекат од 1900. год. предвиђао је исто (§ 644.) али се ограничавао само на забрану злоупотребе права својине. Практична посматрања војују у корист наше формуле, која је генерализана. Ми смо тако створили једно изванредно средство, које треба да осигура поштовање правичности у корист оних, које би болела очигледна злоупотреба једног права од стране трећег лица, чим обична средства нису довољна да га заштите<sup>3</sup>.“

Чим је овај пројекат изашао пред законодавно тело А. Мартен је већ писао против ове одредбе, која би се имала

<sup>1</sup> „Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police“, Bern, 1902. ca. III. стр. 27.

<sup>2</sup> „Celui, qui abuse évidemment de son droit ne juit d'aucune protection légale.“

<sup>3</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil Suisse — 23. maja 1904. стр. 14.

узаконити, он је нарочито ударао гласом на то што је формула „очевидна злоупотреба“ врло пространа. По чему ће се познати, пита се он да ли неко „очевидно“ злоупотребљаје своје право? „Пројекат у овом погледу не даје никаква упутства, никакве јасноће и дефиниције, тако да у свима процесима, који се буду појавили пред швајцарским судовима, они ће имати да цене да ли тужилац врши своје право на дозвољен начин или га злоупотребљава. Неће више бити дозвољено да се има неоспорно право, већ ће бити још потребно да се од њега чини употреба, која надлежном судији изгледа дозвољена. А по каквом ће принципу судија правити разлику између дозвољене употребе једног права и злоупотребе. Једино према принципима, које му сопствена мудрост буде налагала. Другим речима на место права инсталираће се самовоља, и главно дејство ове одредбе, која забрањује злоупотребу права, биће да се опуномоћи судска власт да то право сваким даном изиграва. Ако чл. 3. пројекта пређе у закон швајцарски, сигурност, коју имамо да уживамо у својој земљи биће често компромитована, јер нико ма колико био сигуран у своје право, неће бити сигуран да му судија призна његово уживање<sup>1</sup>.“

Известилац законске комисије у законодавном телу В. Росел (*V. Rossel*) овако је бранио законски предлог: „Ми смо се трудили да у целом нашем закону приватна права, у колико је то могуће, морализујемо, која су и сувише, допустите ми тај израз, скуп људских егоистичких тежњи. Члан 226. нем. грађ. зак. нам је показао пут: вршење права је забрањено, вели тај §, ако оно нема други циљ до једино да другог оштети. Ми смо учинили један корак више: свака очевидна злоупотреба права је недозвољен акт и као такав нема законску заштиту. Онај ко врши право никогa не штети, писаху заиста Римљани и јуриспруденција, оставши највећи чувар науке, често је понављала ову максиму за време већ скоро од двадесет векова. Модерни законодавац може рећи: онај који злоупотребљаје своје право не заслужује законску заштиту, па ма делао несавесно или ради своје користи, из никакве или освете. Зашто не прокламовати овај принцип? Бојати се можда да судови не злоупотребле ову одредбу? Што

<sup>1</sup> A. Martin: „L'abus du droit et l'acte illicite“ — loc. cit. стр. 46.



се мене тиче ја имам више вере у њихову непристрасну неутралност но у пристрасност заинтересованих лица, и ја им остављам радо велику власт при оцењивању злоупотребе. Они у осталом веће прибећи члану 3. до једино кад злоупотреба буде *очевидна*, кад извршено право чини неправду<sup>1</sup>."

Законодавно је тело усвојило чл. 3. пројекта са малом стилистичком изменом и тако је постао садашњи § 2. грађанског законика швајцарског, који гласи: „Сваки је дужан вршити своја права и испуњавањем своје обвезе савесно и у доброј вери; очигледна злоупотреба права нема законску заштиту.“ Тако је законик швајцарски, који је ове године ступио на снагу оставио суду да сам тражи критеријум злоупотребе; све што закон захтева, то је да ова (злоупотреба) буде *очигледна*. Тиме је истина избегнута дефиниција немачког законодавца за коју се мисли да може остати „мртво слово на хартији“, али се суду оставила још већа дискреционарна власт но што су је противници ове теорије и замишљали. У колико је дакле више теорија ова осуђивана у толико јој је у једином модерном законнику шире поље уступљено. Законик је овај и сувише млад, да би се могле одењивати добре или рђаве последице ове његове одредбе. Да напоменемо да и мимо ове опште одредбе за вршење права у законнику овом има и специјалних одредаба у циљу да се спречи злоупотреба. Тако § 164. даје право мужу да одузме делимично или сасвим право женино: да у набављању намирница за потребе преставља и заступа мужа, чим буде она то своје право „злоупотребила.“ Затим отац и мати губе родитељску власт над децом чим буду окривљени за „тешку злоупотребу“ те власти — § 285. Отац ванбрачног детета мора платити мајци и моралну оштету, ако је било „злоупотребе власти“, т. ј. ако је мајка тог детета била потчињена власти свог завођача — § 318. Као што се види реч „злоупотреба“ има један шири смисао, који смо ми већ једном нагласили испитујући римско право, а који нема ничега заједничкога с основном идејом теорије злоупотребе права, која се састоји

<sup>1</sup> Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale suisse, — 1906. стр. 1039.

у томе: да се спречи *шуканирање*. С тога ту идеју боље исказује § 226. нем. зак. по § 2. швајцарског.

Већ смо имали прилику да кажемо како француски грађански законик не говори ништа о теорији злоупотреби права. Правници француски као и судска пракса позивају се увек на чл. 1382. *cod. civ.* Међутим то је потпуно неосновано. Тај члан гласи: „Свако дело човечије, које другоме нанесе штете, обвезује онога чијом је се кривицом оно десило да је накнади.“ Међутим такву одредбу имају сви грађански законници, јер она циља да казни човека који „другоме“ нанесе штете; а то *другоме* значи *туђим правима*, дакле ко дела противправно, ко чини оно на шта нема право, тај је дужан нанети штету накнадити, а не онај ко врши своје право. Такву једну одредбу има и немачки законодавац мимо и §-а 226. и §-а 826., а то је § 823., који гласи: „Онај, који намерно или из небрижења, незаконито вређа живот, тело, слободу, својину или свако друго право другог лица дужан је да овоме нанету штету накнади.“ Примера ради да поменемо и § 800. срп. грађ. зак. по коме: „Ко другоме штету какву учини, било то на имању туђем, или правима и личности онај мора ту накнадити“; а по § 801. истог законика треба још да је дело учињено „његовом кривицом“, дакле у два дела рашчлањен француски § 1382. *cod. civ.* Према овом члану као и према српском § 800. у вези са § 801. потребно је да би неко био дужан другоме нанету штету накнадити: 1. да је наступела *штета* за једно лице; 2. да је овога штета *последница* радње или перадње првога лица, да има дакле између штете и радње овога каузалне везе; 3. да се та радња, која је штету изазвала може наносиоцу штете у *кривицу* уписати, т. ј. да је штету нанео или што је то хтео или што је био непажљив; и 4. да је сама радња *противправна*, т. ј. да штетник није имао право да је учини<sup>1</sup>. Чим неко дакле врши своје право он не дела противправно и према томе не подлежи одговорности. Треба да је нарочитом законском одредбом речено да је извесно вршење права (н. пр. оно које циља само да другог штети) недозвољено, па да би и то делање било противправно и да би се зато морала штета

<sup>1</sup> в. *Dr Аранђеловић*: „О одговорности за накнаду штете“, стр. 7—30.



нанета другом накнадити. Како тога у Француској нема то је свако позивање на чл. 1382. *cod. civ.* незаконито.

Ко врши своје право једино у циљу да другоме нанесе штету, он је учинио *кривичу (faute)*, т. ј. он је крив за ту штету, али он није делао противправно, он није нанео штету „à autrui“, т. ј. није повредио туђе право. А штета се не накнађава само зато што ју је неко другоме нанео намерно или у небрижењу (*faute lourde*) већ зато што није имао право да је нанесе. Иначе би натерали и трговца да накнади штету свом конкуренту што му је одвукао клијентелу, пошто је он *крив* за ту штету. Али из ћутања францускога законодавца не може се опет извести закључак да је он санкционисао свако вршење права, па ма оно било и једино у циљу да се други оштети.

Јер ако нема у француском законнику правила о спречавању злоупотребе права, нема ни онога томе обратног правила. Ако узмемо такво вршење права као непредвиђене случајеве онда је судска пракса могла ове случајеве и решавати по својим појмовима о правди и моралу. У толико пре што се види да је већ чл. 6. *cod. civ.* забранио у приватним погодбама вређати јавни поредак и морал, а вршење права једино у циљу да се други оштети, лепо је приметно. Салеј, такође је противно моралу.

Имамо пак у Наполеоновом кодексу једну одредбу, која је дошла приликом доцнијих измена и имала је непосредни циљ да спречи злоупотребу права. Само реч је била о злоупотреби једног специјалног права и тиче се односа радника и патрона. Члан 1780. *cod. civ.* је измењен 1890. године и гласи: „Најам уговорен за неодржеано време може увек престати вољом уговорача. Ипак раскид уговора вољом једне уговорне стране може дати места праву на накнаду штете<sup>1</sup>.“ А кад и како, под којим условима може бити места тој накнади, то закон ништа не говори. С једне стране дакле патрон може отпустити радника кад хоће, пошто рока најму нема; радник опет може напустити патрона кад хоће:

<sup>1</sup> „Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts.“

па ипак „може бити места праву на накнаду штете.“ Зашто? Зато што патрон може отпустити радника чисто из пакости и шикане, а радник опет може напустити патрона само у циљу да би га оштетио, а то је законодавац хтео да спречи. Само на један врло чудноват начин. Док је по немачком законнику вршење права забрањено ако оно „једино циља“ да другог оштети, а по швајцарском ако постоји „очевидна злоупотреба“, дотле овај пропис француског грађанског законика даје само једну генералну одредбу да „може бити места накнади штете“, не рекавши ни речи о томе: кад и зашто? У парламенту приликом његовог доношења предлагало се да се дода: .... „ако се отпуст учини без законских мотива“ или „кад је отказ учињен у злој намери и у невреме“<sup>1</sup>, али ови уметци нису примљени. Тако се сад у доктрини води велики спор о тумачењу те одредбе. Лагарос, чије смо мишљење изнели у погледу начелних посматрања о злоупотреби права, специјално је тада писао о овој одредби и како у опште тако и овде он налази да ће бити места накнади штете чим патрон откаже уговор или радник напусти патрона без икаквих законитих интереса, без обзира шта он циља — дакле објективан терен. Међутим Монген овако тумачи тај пропис. Да би било места тој одговорности није довољно делати без законских мотива. Радник један и ако нема никаквог интереса може из чисте жеље да промени место и тражи другу средину, оставити свога патрона. Овај опет може отпустити радника и кад му се сам карактер овога не допада, или што је синдикалиста и ако овај мотив није неки законски мотив. Судија треба да оцени да ли постоји злоупотреба од стране патрона или радника по свима околностима средине где је уговор склопљен. „Али ми ћемо рећи да је отпуст радника злоупотреба права кад је главни мотив послодавчев: намера да се овоме нанесе штета. У ономе скупу узрока, који су довели до отказа уговора, појављује се један који доминира на другима, који је играо главну улогу, а тај узрок јесте нечасна и лукава зла намера, т. ј. ако је патрон делао нарочито из мржње према раднику или је хтео да стекне какав непоштен добитак“<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Planiol*: „Traité élém. de droit civil“, t. II. стр. 587.

<sup>2</sup> *M. Mongin*: „Le droit de congé dans le louage de service“, (Revue critique... 1893 стр. 355).



Дакле субјективно гледиште. Колико је ова редакција законска погрешна, видећемо ако замислимо да у место § 226. нем. грађ. зак. који је јасно и прецизно казао шта хоће, имамо оваку једну одредбу: „Вршење је права слободно, али ипак може бити места накнади штете.“ Лепа формула!

Све што смо рекли за француски грађански законик важи и за Белгију и Италију. У првој важи кодекс Наполеонов, а законик друге рађен је по угледу на тај кодекс, те његова одредба у чл. 1157<sup>2</sup> потпуно одговара члану 1882. *cod. civ.*, а ништа не говори о злоупотреби права. Ипак у грађанском судском поступку у Италији има § 370. по коме странка која спор изгуби може бити осим судских трошкова осуђена да противној страни плати и штету, ако је повела спор у злој намери (*tratandosi di lita temeraria*).

У Енглеској изгледа да је индивидуалистичка доктрина у моди. Правници енглески и америкашки, вели Жосеран готово са поносом и немилосрдно заступају принцип слободног вршења права са свима његовим последицама<sup>3</sup>. То исто мисли и Самтер<sup>3</sup>. Па ипак Жосеран помиње неке случајеве по помевутом писцу енглеском у којима се види да би се некад одговарило за накнаду штете ако би се право вршило у напосној и злобној намери; тако н. пр. ко би у тој намери тражио стечај свог дужника само да би му нанео штете кредиту<sup>4</sup>.

У новом јапанском грађанском законнику није предвиђено питање о злоупотреби права, али из § 227. види се да Јапанци хоће да штите индивидуалну својину и слободну акцију титулара једног права без обзира да ли то њему користи или не. По том члану законском: „Сопственик једног извора може се њиме служити по својој вољи и чак не дати

<sup>1</sup> Qualunque fatto dell' uomo che arreca ad alteri, oblige quello per sopra delquale è avvenuto, a risarcire il danno.“

<sup>2</sup> F. Pollock: „The law of tarts“. стр. 300. (в. Jossierand: loc. cit. 9).

<sup>3</sup> Samter: „Die ehikanefreiheit im englischen Rechte.“ (Jahrbuch der Internationalen Vereinigungen für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre“, Berlin 1898).

<sup>4</sup> стр. 15.

воде свом суседу и ако му преостаје воде, која код њега извире<sup>1</sup>.“

О српском и аустријском грађанском законнику говорићемо засебно.

## У. ОДЕЉАК

### Злоупотреба права и судска пранса у Француској.

Ми смо почели своју студију са једним примером из судске праксе и мислимо да ће бити врло интересантно изнети како се у погледу нашега питања држала јуриспруденција француска, јер би њен рад могао служити за углед оним земљама где би био недостатак законског текста, како је то, као што смо видели, у Француској. Сем тога важно је разгледати француску јуриспруденцију, јер се њој у Француској и приписује стварање теорије злоупотребе права. Док у Немачкој имамо законску одредбу у § 226., која веле, има да остане мртво рођени закон, докле су судови у Француској нашли то правило и кад га није било у закону. „То је зато, вели Жосеран, што један такав покрет има своје дубоке разлоге, више и од самих законских текстова и правних формула, ма и најстаријих; то је што он одговара моралним појмовима и социјалним потребама, тако јаким, да би свако оширање остало узалудно<sup>2</sup>.“ Ма каквим теорисањем вели даље у продужењу Жосеран, доказивати да суд грешни, да гази законе, да ствара нове законе, само би било губљење времена. Суд је себи определио правац и њим иде слободно напред. Маса судских одлука, то је нешто реално нешто што се не може апстраховати; та маса је један готов организам, који се предаје правницима на изучавање.

О праву својине говори се као о најјасоудитијем праву. Ствари су наше по правилу резултат нашега рада, и ко би

<sup>1</sup> Међутим чак коран гурски је у том погледу прожет моралнијим принципима. По корану: „Ко има воде на свом имању, може у извесним случајевима бити принуђен да је подели с другим лицима, којима је она потребна ради паћа. Само је он то дужан једино ако му воде претекне после његове личне употребе и ако онај који је наскује нема могућности да се снабде водом на други начин.“ (L. W. C. Van den Berg: „Les principes du droit musulman selon les rites d'Aben Hanifan et de Chafe“, с хол. прев. R. de France de Tersant: Alger, 1896. стр. 125).

<sup>2</sup> loc. cit. стр. 18.



нам сметао да својим стварима управљамо како хоћемо, тај би задавао удар људској активности, а тиме и прогресу људске заједнице. Али ма како било право својине апсолутно, и ма какво оно давало сопственику *plena in re potestas*, оно је ипак подложно многим ограничењима. Закони су сви, па и француски, пуни ограничења права својине у корист општих интереса или суседа. Судови су француски ову идеју проширивали и први примери злоупотребе права нашли су се пред судом у области права својине. Тако у једној пресуди колмарског Апелационог суда овај је спор расправљен. Једно је лице подигло на свом крову димњак, који је заклањао потпуно светлост суседу кроз прозор, што је био баш уз тај димњак. Првостепени суд је наредио да се димњак поруши јер је се уверио да га је сопственик и подигао једино у намери да суседу закљони светлост. По изјављеном незадовољству Апелациони суд донео је овакву одлуку: „Сматрајући да је увиђајем утврђено да је жалилац у пакосном циљу, без користи за себе и једино у намери да шкоди свом суседу, подигао скоро уза сам прозор суседов један лажан димњак на крајњем рогу крова своје куће и тиме овоме одузео скоро потпуно светлост, која је и онако новом грађевином смањена, и ако се жалилац брани тиме што је то дело његовог права својине; — сматрајући, и ако је правило да је право својине у неколико апсолутно дозвољавајући сопственику да се служи и злоупотребљава своје ствари, да ипак вршење овога права, као и сваког другог, мора имати као границу задовољење озбиљног и законитог интереса; да принципи морала и правичности не трпе да суд може одобрити једну акцију надахнуту пакосћу, извршену под утицајем зле намере, не оправдавајући се никаквом корисношћу за титулара а наносећи велику штету другоме; да је тако ово случај где сусед нема право службености прозора на имању жалочевом, па ипак одобравамо пресуду првостепеног суда по којој се димњак има да поруши<sup>1</sup>.“

Један сопственик је на свом земљишту инсталирао хидрауличне пумпе, те је из земље црпео воду, која је као минералан извор избијала код његовог суседа, па ју је онда просипао. Суд је нашао да он своје право слободног распо-

<sup>1</sup> Колмар, 2. маја 1855 (Daloz — 1856. 2. 9.).

лагања слојевима испод своје замље вршио једино у циљу да суседа штети и наредио је да се пумпе поваде и накнади штета суседу. „Пошто се минерални извор, вели Апелациони суд, сопственика Бадоа и извор ортака Андре налазе само на три метра далеко један од другог а само су на неколико метара далеко од извора који припада општини Сен Балмије; — пошто између воде ова три извора због узајамне близине постоји подземна веза било због тога што долазе из заједничког резервоара или што се у току спајају, како је то експерт утврдио; — пошто из докумената излази: 1. да су ортаци Андре на свој извор наместили пумпе једино у циљу да Бадо-и штете; 2. да тиме умањују воду и овоме и општини; 3. да се том сувишном водом и не служе, већ је просипају у оближни поток; — пошто ова факта уверавају суд да су хидраулични апарати били само једно средство употребљено једино у циљу да из суседовог земљишта извлачи највећи део минералне воде, захваљујући подземној вези па да је после просипају у поток; пошто се тиме учинило дело које се дотиче воде суседног земљишта, и које дело нема други циљ до да другог штети; — сматрајући да се ортаци Андре узалуд позивају на начело: *nemo iniuria facit, qui iure suo utitur*, тврдећи да се својим извором могу служити по својој вољи и да је у том погледу њихово право својине на основу чл. 544. *cod. civ.* апсолутно, па да чак могу ту власт и злоупотребити; — сматрајући да право својине има границе у обвези да се суседу дакође не смета у уживању права својине, да власт *abutendi* своје ствари не може заклонити један акт који инспирисан искључиво жељом да другог штети, узима због подземне везе између два земљишта карактер предузећа на суседном земљишту, дотиче се супстанције овога и уништава или смањује једно природно добро, које овоме земљишту даје главну вредност, и да такав акт оцењујући логично по правилу: *malitiis non est indulgendum*, ствара један случај квази-деликта предвиђеног у чл. 1382. *cod. civ.*.... осуђује и т. д.<sup>1</sup>“

У истом смислу суд седански осудио је једног сопственика да поруши високу дрвену ограду обојену црно, коју је подигао на свом земљишту једино у циљу да суседу спречи

<sup>1</sup> Лиоз, 18. април 1856. (D. — 1856. 2. 199.).



светлост. „Пошто је, вели се у пресуди, утврђено увиђајем да ограда коју је тужени подигао на свом земљишту, стоји на малом растојању од границе суседовог земљишта, а у висини је од 10,15 м. и ширини 15,80 м. са две угласте кривине, тако да потпуно затвара суседу кућу и да се корист од те оградѣ тешко да правдати; пошто је још увиђајем утврђено да ова велика ограда и обојена црним спречава светлост и ваздух, даје кући тужиоцевој изглед праве тамнице и смањује знатно цену кирије ове куће, и да би се даље штете ове могле смањити кад би се место те оградѣ подигла друга мања, чија би бар боја одбијала више светлост, коју црна боја потпуно апсордује и која би тако мање стварала таму.... пошто је извесно да радови предузети од стране оптуженог немају други циљ до да суседа штете.... наређује да се ограда поруши!“ Исто се тако поступало кад је једно лице на свом земљишту производило извесну вику и ларму да би са суседног земљишта плашило дивљач и овоме спречило да лови<sup>2</sup>.

Са овим правцем суђења слаже се и Касациони суд казнивши једнога сопственика што је копањем јама на своме земљишту ишао једино на то да суседу пресече извор<sup>3</sup>.

Ми смо изнели ове случајеве да бисмо само дали правац суђења у Француској по оваким споровима не смерајући да дамо исцрпну листу тих спорова. Али док смо до сада говорили о злоупотреби права својине, сада ћемо поменути неколико примера и из других приватно-правних односа. Тако на првом месту често се злоупотребљава право вођења спорова пред судовима. Парничар који брани своје интересе пред судом, врши по речима Јеринговим уједно и дужност индивидуалну и дужност социјалну: индивидуалну јер у ствари он се бори за своју личност, која би једном капитулацијом била смањена; дужност социјалну, јер бранити своје право, он прилаже и свој дарак за реализацију идеје правне на земљи<sup>4</sup>. Правна правила имају вредност тек кад добију судску заштиту а дужност је појединаца да тим правилима даду живота; зашто и како се може парничару стати на пут

<sup>1</sup> Селан, 17. дец. 1901. (Sirey — 1904. 2. 217.).

<sup>2</sup> Парна, 2. дец. 1871. (D. — 1873. 2. 185.).

<sup>3</sup> Касацџа, 10. јуна 1902. (D. 1902. 1. 454.).

<sup>4</sup> „La lutte pour le droit“ — trad. fr. Meulenaire, стр. 1.

кад врши тако високу мисију? Ко подиже тужбу тај само врши своје право; он не одговара свом противнику, ма спор и изгубио, ван парничких трошкова. „Али никада се врата судска не отвараху потпуно слободно и без икакве гаранције, већ се тражио мотив, који је доводио парничаре, ценио се морал ових мотива и онда, кад би они били антисоцијални, повлачили би одговорност<sup>1</sup>.“ Ми смо видели да је тако било и код Римљана. Чим се дакле спор поведе несавесно и у злој намери крива странка мора противној накнадити мимо парнички трошкова још и претрпљену штету<sup>2</sup>. „Онај који прибегава при подизању тужбе ономе суду, који је за туженога најдаљи, и ако има право подизања спора код више судова, мора туженоме накнадити штету семо ако је то радио једино у циљу шиканирања и оштећења туженога<sup>3</sup>.“

Иста ова начела важе за уговоре. Сопственик једне фабрике везао је фабрику једном споредном железницом за главну пругу да би преносио своје производе. По утврђеном споразуму железничко друштво га је морало снабдевати у тачно уговореном времену са извесним бројем вагона. Једном приликом фабриканту су били потребни вагони, али друштво му их није послало јер није било дужно да му их тог момента пошаље, али је имало вагона на расположењу. Касацџа је осудила железничко друштво да накнади штету коју је фабрикант претрпео, јер је оно „злоупотребило рок, који му је признат да снабде вагонима сопственика фабрике, те му је тако нанело штету<sup>4</sup>.“

Судови су надлежни да контролишу вршење очинске власти над децом како у погледу личности тако и добара ове деце и да спречавају сваку злоупотребу. Али ту ретко може бити реч о злоупотреби у нашем смислу — шикани, пошто родитељи могу ту власт злоупотребљавати само на тај начин, што је не би наметно вршили и ако не циљају да

<sup>1</sup> Jossrand: dito стр. 20. Исто веле и E. Garsonnet et Ch. C. Brue: „Precis de procédure civile“, стр. 70.

<sup>2</sup> Касацџа, 11. јан. 1837. (S. — 1837. 1. 645.); 13. јула 1841. (S. — 1841. 1. 840.) — 26. јан. 1861. (S. 1861. 1. 328.); 9. јуна 1891. (S. — 1891. 1. 471.).

<sup>3</sup> Тулуза, 12. јула 1821. (Jossrand: стр. 23.).

<sup>4</sup> Касацџа, 7. маја 1902. (Jossrand: dito, стр. 35.).



своју децу шиканирају. Али има једна друга власт која се може и која се често злоупотребљава. То је право мужа да одобрава правне поступке женине. Закон је тачно предвидео случајеве у којима место мужевљег одобрења жена може тражити одобрење од суда — §§ 222. и 224. Али и мимо тим законом предвиђених случајева дешава се да суд даје одобрење жени за закључење правних послова ако би јој муж то одобрење ускратио само из шикане или без „озбиљних и законских мотива.“ Тако је суд сенски дао одобрење једној жени да игра у позоришту и ако је муж томе био противан наводећи као разлог да му се вређа достојанство. Суд је нашао да су потребе женине и породичне изискивале да се она ода глуми па према томе достојанство, које је било у питању није било озбиљан и законит мотив да се спречи тај женин корак<sup>1</sup>. По трговачком законнику жена мора имати одобрење мужевљево да би могла водити трговину — § 4. Правило потпуно умесно, јер рђава трговина женина може и мужу нашкодити. Па ипак суд све више контролише разлоге са којих муж одбија то одобрење<sup>2</sup>. На исти начин спречава се злоупотреба власти мужевље, по којој он може тражити да жена заједно с њим станује<sup>3</sup>.

Као и свако друго право тако и право слободе исказивања мисли путем штампе може бити употребљено само у циљу да се другоме нанесе штета. Неумесна и пакосна критика позоришног комада само у циљу да се публика одврати од посећивања позоришта као и одвраћање клијентеле да назарује у једној радњи путем штампе из неумесних и незаконитих мотива (н. пр. што ова држи радњу отворену и недељом) судови казне одговорношћу за накнаду штете<sup>4</sup>. „Има једно правило, вели се у разлозима судским, уједно и правно и морално, које се често у егзистичким нагонима забораваља, а то је: да циљ неоправдава средства; ако по некад добро може изаћи из зла, нико нема права да чини зло, чак ни у циљу да заштити добро.“

<sup>1</sup> Парва, 24. окт. 1844. (S. 1844. 2. 581.).

<sup>2</sup> Гренобл, 27. јан. 1863. (S. 1863. 2. 79.).

<sup>3</sup> в. *Fuzier Hornmann*: „Mariage, abandon d'époux.“

<sup>4</sup> Касацја, 8. маја 1876. (D. 1876. 1. 259.); Douai, 7. маја 1902. (D. 1902. 2. 329.).

## ДРУГИ ДЕО

### КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА ТЕОРИЈУ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА

#### І. ОДЕЉАК

#### Основ ове теорије.

Могло је се уочити да се теорији злоупотребе права налази основ у идеји *солидарности* чланова људске заједнице. Људи живе у друштву, они су само делови друштвеног организма, па према томе не би могли бити у својим акцијама независни једни од других овако исто као што ни поједини органи људског и животињског организма нису независни једни од других. Циљ је човечији да се друштво унапреди, као што је циљ појединим органима код обичних организама да се овај одржи и унапреди. Ако појединац не би водио рачуна при својим акцијама о томе факту да је он тек један орган у великом друштвеном организму, и делао потпуно самоуправно, он би се ставио у супротност са тим организмом, те би тако ометао и напредак друштва, а то значи: ставио би се у супротност са самим својим циљем. Солидаризам је знак напретка, доказ нам је то што и у свету животињском највише напредују оне врсте чији су инстинкт за удружењем најразвијенији. И колико је дакле та идеја морална аксиома, толико је и економски програм људске делатности. Она је средња линија између крајњег индивидуализма и социјализма, пошто она реагира с једне стране на злоупотребу индивидуализма, улива индивидуи социјалне осећаје, труди се да важе за средину у којој живи, а с друге стране не допушта целини да потпуно апсорбује снагу појединца, дајући маха и самосталној делатности њиховој. Са



све већом поделом рада људи се стављају у све већу зависност економску, сваки појединац живи од рада других, а ради опет за друге. „Ја постојим за себе, свет постоји за мене, ја постојим за свет“, вели Јеринг. „Нико не постоји сам за себе ни сам помоћу себе; сваки постоји помоћу других и за друге, било то свесно или не. Исто онако као што тело одбија топлоту примљену споља, тако и човек шири око себе овај интелектуални и морални дах, који је удахнуо у атмосфери друштвене цивилизације. Живот је вечно дисање: удисање, издисање; а тако је и у интелектуалном животу. У свакидашњем реципроцитету постојања људи једних за друге састоји се и цео саобраћај човечијег живота. Жена постоји за човека, и овај за жену; родитељи живе за децу и ови за родитеље; слуге и господари, мајстори и ученици, пријатељи и пријатељице, општина и њени чланови, држава и њени грађани, друштво и појединац, народ и народ и сваки народ и човечанство — може ли се наћи и један однос, у коме не би постојали једни за друге?.“

Ове идеје о солидности прихватила је у последње време у Француској читава плејада одличних правника, којима је мала књижица Леона Буржоа „Солидарност“ изгледале као кокав манифест, пружајући читав програм за социјалне реформе. У месту старе речи Слобода, вели Жид, ево се чује друга реч, која толико одјекује да нас заглушује, а та реч: Солидарност. „Ево и ова у свима говорима, манифестацијама и циркуларима постаје завршна реч.“

И заиста велики број писаца: правника, социолога, економиста и журналиста, читаћете, где се труде да развијају социјалне осећаје код појединаца. Ми се користимо радом, оданошћу и интелектуалним свагама свих својих предака; благодарећи њиховој снази ми се данас пристојно хранимо и одевамо, благодарећи њиховим тешким напорима земља је

<sup>1</sup> *Thering*: „L'évolution du droit“ (Zweck im Rechte) trad. française, Meulenaire, t. I. стр. 45 и 54. (српски превод г. А. Ворсаљевича).

<sup>2</sup> *Ch. Gide*: „L'idée de solidarité“ (Revue générale de sociologie — 1893, стр. 398). Видети: *C. Bouglé*: „Le solidarisme“, Paris, 1907; — *L. Bourgeois*: „La solidarité“ — *Ch. Gide*: dito; *H. Marion*: „De la solidarité morale“, Paris, 1899. — *I. Payot*: „L'éducation de la démocratie“, Paris, 1895. — *I. Girard*: „Ver la solidarité par les sociétés coopératives de consommation“, Paris, 1904. и др.

наша искрчена, начињена плодном и изукрштана лепим путевима. Тим снагама дугујемо за своје интелектуално развиће почев од јасика па до оних проналазака, који су нам помогли да природне силе потчинимо својој снази и тако избегнемо оне страхоте, којима је живот примитивних људи потчињен; само тим напорима стотине и стотине генерација благодарећи ми смо прешли овај простор, који дели живот примитивних људи по пећинама и пустарама од овога доба железница, телефона и лепих удобних станова. Прошлост нам је оставила у наслеђе велики поклон, садашњост мора се старати да га повећа будућности. Прошлост, садашњост и будућност, то је једна целина, која дела у једном правцу и циљу, и како би се могли данас трпети импулсивни и груби наговји, као што је гнев, пакост и суревљивост. „Кад запалим ујутру своју лампу за рад, пише Пејо, ја не могу а да не осетим силно узбуђење помисливши на оне милионе свештеника, мудраца, песника и философа, који су за време од шест до седам хиљада година палили своју лампицу зором трудећи се да повећају нашу снагу над природом и над нама самима, да развију нашу интелектуалну моћ, да прилажу у трезор, који постаје све богатији лепотама око нас откривеним. Та мисао браства свих мислилаца, који образују једну непрекидну фамилију, у којој су оданост и пожртвовање часна традиција, храбри човека.“ Сви наши радови морају имати карактер социјални и велика је награда за човека, који осети да је у овом делу сарадње прошлог и садашњег друштва око среће и напретка будућних генерација и он уложио своју аспру. Солидарност постоји не само у добру, већ људи заједнички носе и зло друштвено. Несавесност и непоштење једних трпимо сви; неспособност учитеља упропаштава будућност многих младих људи, а поквареност једног друга квари морално душу другог. И зато чинимо све да нестане онога, што је зло у нашој средини.

Примењена на теорију злоупотребе права ова идеја солидарности значи да човек у својим акцијама мора водити рачуна и о средини у којој живи, пошто вап друштва ни он не би могао постојати, онако исто као што код обичних организама сви органи угину, кад организам утине. „И како

<sup>1</sup> dito, стр. 51.



би у осталом и могло бити друкчије, вели г. Перић? Како би после нестанка целине поједини делови могли опетати, јер целина то је скуп делова<sup>1</sup>.“ И у томе смислу тачно је опажање писаца, које смо цитирали да вршење права једино у циљу да се други штети значи испољавати пакост и *антисоцијални* дух. Залуду би се позивали на слободу људске акције и на то како она долази у опасност са теоријом злоупотребе права. Каква би била та слобода у једноме друштву, кад ја не бих могао порушити ограду на дворишту мога суседа, коју је подигао од петнајест метара висине да би ми тако направио од куће тамницу! Нема слободе кад цео свет може чинити шта хоће, јер тад нико не чини ово што хоће. „Где нема господара, рекао је једном Босне, цео је свет господар, а где је цео свет господар, цео је свет роб.“ Али ма како нам изгледало основано базирати теорију злоупотребе права на тим алтруистичким осећајима доктрине солидаризма, нама ипак цео тај терен изгледа и сувише простран и неодређен. Ми смо дужници друштва, друштво дугује нама, човек не може живети сам и т. д. то све нам не даје једну прецизну границу: докле се простиру наше дужности према целини и где наша акција постаје слободна. Човек, богат, који би отворио радњу у суседству једног сиромашка трговца и успео да овоме одауче сву клијентелу и довео га до пропасти, ни најмање не би учинио једно дело социјално, грешно би се о основне принципе доктрине солидарности, али наше доба не види у тој акцији ничега неправедног и ничега од оних радњи, које би право данас могло и требало да осуди и забрани. Има у нашим правним студијама две речи, које су можда толико исто прострапе као и реч солидаризам али које су нам приступачније и које су подлога целом писаном и неписаном праву, а то су речи: *правда* и *морал*. Кад је римски правник Павле тражио да ми се дозволи да подигнем насип на земљишту суседовом, који мени користи, а њега не штети, тада је казао: „То тражи правда.“ Кад је наш закоподавац писао § 8. грађ. зак., тада је у непредвиђеним случајевима оставио судији да суди како то „природна правица“ налаже, а у § 13. истог закона вели: уговором се не може врећати „благонравље“, т. ј. мо-

<sup>1</sup> „Један поглед на еволуц. прав. школу.“ стр. 143.

рал. Правда и морал, то су дакле два појма више мање објективна; више мање једно друштво у даном добу схвата на исти начин и правду и морал. Ми смо казали да су право и морал два концентрична круга; сва морална правила не могу бити и правна, али сва правна морају бити и морална. Унутрашњи, правни, круг то је само једно поље моралних прописа и ми не можемо дозволити да се под видом права врши неморал, све док је то ма на који начин могуће спречити. Вршити своје право једино у циљу да се други оштети, то је акт *неморалан* и *неправедан*. То нису рекли само људи који акцептирају идеју наше теорије, то су рекли и они, који је одбацују. Сам је Платнол казао: „Идеја племенита, али...“ г. Перић је опет потврдио: „То је свакако противно моралним појмовима употребити извесно своје право само у тој намери да се другоме штета нанесе<sup>1</sup>.“ И кад је тако, када теорија злоупотребе права има једну потпуно моралну и племениту тенденцију, онда је она у основи својој тачна. Овако исто као што је моје право својине ограничено у том смислу да морам пустити суседа да прелази преко мог имања, ако нема другог пута за своје добро; овако исто као што н. пр. на Теразијама не смем подићи кућу какву и колику хоћу и ако би то било потпуно вршење мога права својине и као што не смем распродавати своје имање ако бих тиме штетно личне поверице (§ 303. а. грађ. законика) тако се исто може забранити и свако друго вршење право ако то захтевају наши појмови о правди и моралу. Право није ништа свето, нешто што би се „поштовало, бранило и неговало само по себи, независно од његове социјалне корисности, независно од лица и његове моралности<sup>2</sup>.“

## II. О Д Е Љ А К

### Критика изложених теорија.

#### A. — Критика аргумената против теорије злоупотребе права.

##### § 1. Формални део.

Ако посматрамо и испитујемо гледишта правника, који су против усвајања наше теорије, ми видимо у њиховим

<sup>1</sup> „Један поглед...“ стр. 144.

<sup>2</sup> E. Picard: „Le droit pur.“ стр. 392.



разлозима два потпуно различна дела. Један је чисто формални део и састоји се у томе што се негира сам појам злоупотребе права, што је „злоупотреба права“, права логотихија по Планиолу, а „парадоксалан израз“ по г. Перифу. Други је део прави, материјални део аргумената, а то је скуп оних штетних последица усвајања ове теорије.

Како се може право злоупотребити? „Право престаје, где злоупотреба почиње и не може бити злоупотребе права из простог разлога, што један исти акт не може бити у исто време и праван и противправан“, вели Планиол, а то исто акцептира и Бодри. То исто вели и г. Периф: „Што ми не смемо, то је да повредимо туђе право, повреда, која је немогућа све дотле док се ми ограничавамо на вршење свога права. И заиста како би било могуће да ми у исти мах будемо у своме кругу кретања — круг, који сачињава наше право и у кругу кретања другог појединца? Нама је познат онај физички закон, који се противи да једно тело може бити једновремено на два места.“ На ово све Салеј је одговорио: „Ја пећу рећи да нема никад злоупотребе права, да се увек злоупотреба права поклапа са делањем бесправним. Јер у овом другом случају главна је санкција, која се признаје заинтересованом лицу, овлашћење да се оно одупре забрањеном акту, а не само да тражи накнаду.“ Његов пример са железницом, која штети околне усеве добро објашњава његову мисао. Друштво ће платити нашу штету, али се железница не може зауставити због те штете. Ето дакле један пример где постоји једно право, где се врши баш право, па се ипак за то вршење одговара; ту није делање бесправно (*sans droit*) већ злоупотреба права (*abus de droit*). Ето дакле један пример где је човек у свом кругу кретања и у туђем. На страну то што је ово гледиште Салејево о појму злоупотребе права погрешно, јер га се и он доцније сам, као што смо видели, одрекао. Злоупотреба се права мора спречити и првенствено баш то покушати, а не тражити само новчану накнаду. Зар ако муж само шикане ради изискује да жена иде за њим у неке далеке и забачене крајеве, суд има само да жени досуди еквивалент штете, али да је натера да иде за мужем? Нелогично. На страну дакле то; и сам појам о томе да се може једно право злоупотребити погрешан је. Јер није овде реч: да ли друштво има право да

се служи железницом тим путем или не, већ је реч о томе: да ли оно има право да штети околне усеве или не. То су два акта потпуно различна. Ако друштво железничко има право да наноси те штете, онда неће платити никакву накнаду, ако ли мора ту накнаду платити, значи да *нема право* да усеве штети, оно врши један акт бесправно. Оно не може и имати право да штети околне усеве и опет да плати накнаду. Где је онда ту злоупотреба права? Мој сусед или има право да подиже ограду на дворишту какву хоће и онда подижући их, он не одговара мени за штету, јер врши своје право, или ја имам право да му у извесном случају порушим ту ограду, ако мене штети, а њему не користи, али онда значи да он није имао право да је подиже.

За Салејем је пошао и Поршеро, Жосеран и Десарто. Први вели: „Ако возећи се улицом непажњом некога повредим, или у лову у место зеца убијем човека, зар ја нисам злоупотребио право? Ја имам право да се возам и ловим, али одговарам јер сам то право злоупотребио<sup>1</sup>.“ То је иста грешка, коју је учинио и Салеј. Какве везе има моје право возње и лова са актом једним који сам учинио потпуно бесправно, што сам повредио или убио човека? Идући том логиком ми бисмо могли још тврдити да, кад непажњом бацим цигару у туђе жито и ово запалим, ја сам злоупотребио једно своје право; ја нисам учинио ништа противправно, пошто ја имам право да пушим! Жосеран опет вели: „Једно је лице н. пр. на свом земљишту вршило извесна откопавања; ако су она извршена пакосно у циљу да се сусед оштети, она повлаче одговорност. Међутим овај је сопственик био потпуно на домену свога права јер по чл. 552. cod. civ. он је потпуно господар земљишта и ваздушног простора над овим: он је строго остао у границама свога права, и он је одговоран једино због онога мотива, који је определио његову вољу и скренуо с правог пута ону законом му поверену прерогативу. Али сопственик, који је делао бесправно то је онај који врши акте права својине на туђем земљишту који обрађује н. пр. туђе имање<sup>2</sup>.“ Ово је све такође нетачно. Први сопственик није могао бити потпуно „на домену свога

<sup>1</sup> dito. crp. 104.

<sup>2</sup> loc. cit. 74.



права", јер ако је то, он онда не одговара за штету нанету суседу. Чим се хоће да он одговара за ту штету, ма из ког узрока то било, значи да је учинио нешто на шта нема право. Или ја имам право или немам, средине не може бити. Делати бесправно не значи само делати на туђем земљишту, већ делати нешто, на шта се нема право и за шта ће се одговарати за штету, ако отуд произађе. Све што је забрањено, оно је ван круга мојих права и чим то учиним ја нисам више на домену својих права, већ сам из тога домена изашао, делао *sans droit*. Мој правни домен није један материјално ограничени простор, већ један део атмосфере у коме сам слободан кретати се. Ако је законом забрањено (као што је учињено у Француској) да на извесној даљини од границе суседног земљишта садим дрвеће, онда посадим ли дрво на законом забрањеној раздаљини, ја сам учинио један исто тако противправни акт, као и да сам заорао суседову земљу. Нема никакве разлике, што сам учинио нешто забрањено на свом земљишту, а не на туђем. Свако делање, које је забрањено оно је противправно. Ми разумемо зашто је Жосеран пао у ту грешку. Закон француски није изрично забрањено вршење права једино у циљу да се други штити. Жосеран сматра да је то вршење права забрањено не на основу закона, већ на основу „духа закона“ и „природнога права.“

Према томе пред њим су били једни акти законом забрањени (заорати туђу њиву) и они које он сматра забрањене духом закона — први су дакле, ако се изврше, противправни, а други су злоупотреба права. Али тада је требао да се пита: може ли се нешто забранити на основу духа закона, кад то законом није учињено, и питање би добило други карактер, а не да доказује да је оно што је забрањено по духу закона друкчије од онога што је забрањено законом. Све што није дозвољено, оно је једно исто и ако је један акт недозвољен по духу закона, онда је он недозвољен исто онако као и они које је закон директно забрањено; ко га изврши, он је делао бесправно — *sans droit*. Мало ће нам речи требати па да оборимо сад и Декартово тврђење: „У будуће има један слободан простор између дозвољеног и недозвољеног акта одређено за акт, који нам се показује као злоупотреба.“ Дозвољен је онај акт, вели он даље, који је „извршен при уживању једног права и не вређа никакво

право; недозвољен је онај, који вређа нечије право, а није извршен при уживању једног права; а злоупотреба је онај акт, који је извршен при уживању права, али вређа туђе право.“ Све је ово погрешно. Чим ја вређам туђе право, т. ј. чим за тај акт одговарам ако сам навео некоме штету, значи ја нисам имао право да га учиним. „Воља једног лица у погледу приватно-правних односа, или је *све* или *ништа*. Средиве не може бити као у међународном јавном праву.“ Те речи г. Перића су сасвим тачне.

Само сад један приговор. Нашто ова дискусија? Цела та препирка изгледа нам потпуно излишна и зато смо је назвали формалне природе. Разлози ови г. Перића, Платнода и Бодрија, по којима се једно право не може злоупотребити и које ми признајемо за тачне, не говоре против теорије злоупотребе права. Они веле: „Ви забраните да ја подижем грађевине којима хоћу само суседу да штетим, али тада ако ја подигнем те грађевине, ја не злоупотребљавам право, ја чиним нешто на што немам право.“ То је тачно, јали то је оно што се нас најмање тиче. Главно је треба ли то подизање грађевина забранити или не, а није главно како ћемо ми то после звати: да ли злоупотреба права или делање противправно. И када ти разлози не говоре против ове теорије, онда ништа не значи примити их и опет бити поборник те теорије. То је оно чега се присталице ове теорије нису требале плашити, а још мање уложити труда да докажују неоснованост тих разлога.

Па ипак ми примамо израз „злоупотреба права“, јер сада ми под правима разумемо друго. То су она права која је човек имао док се не би узаконила теорија злоупотребе права. И тај се израз мора употребити да би се показао *узрок* са којег је једно право изгубљено. Да би се постигао дакле циљ ове теорије онда се уимају права законом кренула, па им се ставља још једна граница, т. ј. од једног таквог права одузима се један део помоћу ове теорије и тај део постаје *неправо*. Тако дакле разумевши под речју права она права, која су се имала до забране законске да се она врше и када имају циљ само то да другога штете, ми немамо ништа против израза „злоупотреба права.“ А тај је израз потпуно дозвољен онако исто као што је у правној доктрини дозвољен израз да права нису „апсолутна.“ Интере-



сантно је да сам Планиол вели: „Истина је да права готово никад нису апсолутна, већина су ограничена у свом пространству.“ Па и г. Перић вели: „Морамо приметити да је ова апсолутна власт над правом . . . добила једно важно ограничење у немачком грађанском законнику.“ Ако је тачно тврђење Планиолово да један акт не може бити уједно и „праван и противправан“, што ми сматрамо да је тачно; и ако је тачно г. Перићево гледиште да је право онај круг у коме је „воља дотичног појединца суверена“, што ми мислимо да је такође тачно, онда како је могуће да једно право не буде и „апсолутно“, и да „апсолутна власт власника над правом“ може бити ограничена? Кад се каже да право није апсолутно, онда значи да се оно не може до краја вршити. А како се свако право може до краја вршити јер све оно што је од једнога права одузето, постало забрањено, није више право, онда је и свако право *апсолутно*. То што се говори да права нису апсолутна мисли се на права у првобитном облику до законских ограничења. Кад се под правом својине разуме потпуна правна власт једног лица над једном ствари, онда та власт занета није апсолутна, јер ја н. пр. морам да пропустим суседа да прелази преко мог имања ако нема другог пута за своје, као што исто тако не могу на свом имању у центру вароши да зидам кућу какву и колику хоћу. Али кад се зна да је право својине само оно право и она власт над нашом ствари која нам је *законом призната*, јер вршење свега онога што је од тога нашег права законом забрањено, није више вршење права самим тим што немамо право на то вршење, онда се већ не може рећи да наше право није и апсолутно, пошто ми над својим правом, а право је у том случају само она власт која нам је призната, имамо потпуну, апсолутну власт. Правна дакле логика изискује: или да се одбаце оба израза: и „злоупотреба права“ и „права нису апсолутна“, или да се оба приме подразумевајући у том случају она права у ширем свом обиму пре дотичног законског ограничења. Правници који примају овај други израз нису требали да стварају једну излишну дискусију комбатирајући први израз јер је то могло бити само на штету главне ствари<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Видети наш чланак „О злоупотреби права.“ („Дело“, март 1912 стр. 391).

Да напоменемо само да Планиол чак није остао ни доследан свом првом тврђењу, које смо ми сматрали као тачно. Говорећи о злоупотреби права штрајха и како је ово право законом ограничено, он вели: „У овом случају може бити *злоупотреба*, јер је право *ограничено*, а радници могу учинити нешто на шта немају право<sup>1</sup>.“ А то је противно не само његовом сопственом гледишту, које смо сад извели, већ је противно и истини, коју је прво он сам утврдио, јер чим радници учине нешто на шта немају права, они делају бесправно, а не злоупотребљавају право.

## § 2. Материјални део.

Овде имамо да испитујемо оне штетне последице, које за собом повлачи теорија злоупотребе права, према писцима који је не усвајају. Њих има више.

а) — Прво ћемо испитивати оне последице, које г. Перић опажа код ове теорије. Еволуционистичка школа са својом теоријом злоупотребе права по г. Перићу „*мења карактер праву*“ она „*управо уништава право*“<sup>2</sup>. Јер „право је значило онај круг, који је држава оставила појединцу и у коме је се он могао потпуно слободно кретати. Тај карактер право губи у еволуционистичкој теорији, пошто титулару права није више допуштено кретати се у овом кругу како хоће.“

Одмах ћемо рећи да ова теорија *не уништава* право. Нико не би могао тврдити да н. пр. данас поданици немачке царевине немају више права и ако је теорија злоупотребе права у Немачкој узакоњена. И тамо, и под владом те теорије постоје права родитеља према деци и деце према родитељима, појединци могу куповати и продавати разне ствари, правити тестаменте, склапати разне уговоре и т. д. и т. д. Само та се права не могу уживати у једноме једином моменту, а то је ако би уживање једнога права било без икакве користи по његовог титулара, а од штете за друга лица.

<sup>1</sup> *loc. cit.* стр. 289.

<sup>2</sup> Она је, вели г. Перић на другом месту „*поуљала природу приватнога права*.“ („Један поглед на еволуционистичку школу“ — стр. 142). А затим: „Та теорија, која је *начела* досадашњи појам о приватном праву . . .“ (Предговор грађ. законнику у издању г. Г. Никетића, стр. XXXVIII).



Може дакле бити реч само о томе да су права *сужења*, смањена, али не и о томе да су и уништена.

Али ако право није уништено, оно свакако није више оно што је било. Ако нисам изгубио потпуно своју власт над правом, ја сам ту власт изгубио у извесном правцу. Отуд г. Перић изводи да је *карактер праву измењен*. Али ми мислимо да се тај карактер ништа није променио са увођењем теорије о злоупотреби права. Право је истина онај круг у коме је човек потпуно господар, али право остаје као такво и после теорије о злоупотреби права. Ево како и зашто? Нека је мој правни круг *m*; после увођења наше теорије један део моје правне власти се одузима, круг се смањује, рецимо за количину *n*. Право сада није постало нула, јер ми није забрањено потпуно вршити своје право и јер, дакле, количина *n* није равна количини *m*. Тако је остао мој правни круг, у место *m*, сада *m-n*. Тај је круг сада истина мањи, али колики је, да је, ја сам у њему потпуни суверен и према томе карактер праву није измењен, јер је и после остало право „онај круг, који је држава оставила појединцу и у коме је потпуно слободно кретати се.“ Г. Перић је ово сам доцније запазио и на једном месту пише: „Ако се сада она апсолутна моћ, која власнику једнога права припада, смањи у толико да он не сме своје право употребити само на штету трећег лица, онда према наведеноме није тачно рећи да



Сл. 1.



Сл. 2.



Сл. 3.

ту има забране злоупотребе права, већ ту има то: да је само право окрњено, да је онај круг кретања, који је до сада био зајемчен власницима права сл. 1. сужен сл. 2. и 3.

Ми смо овде ради веће јасноће оно сужавање права, које је извршио немачки грађански законик преставили у виду окрњенога круга. У самој ствари кад се право узме као круг, сужавање права оличава се у сл. 4. која се овде налази, тако да и онај део права, који је остао сачињава круг, само наравно са мањом површином<sup>1</sup>.



Сл. 4.

По чему је сад карактер праву измењен кад је само од једног већег добијен мањи круг,

<sup>1</sup> „Један поглед на евол. прав. школу.“ стр. 144—145.

оно што смо и ми добили у разлици *m-n*, и у коме је опет појединац потпуно господар? Само ми нисмо своје разлагање довршили. Ми не мислимо остати на разлици *m-n* и према томе не сматрамо да је са теоријом злоупотребе права наш правни круг ни смањен. Истина је да је сваки појединац изгубио један део својих права, али кад сви појединци једног друштва губе тај део, онда у чију корист? У корист друштва, рекао је и сам г. Перић. Али ми смо чланови тога друштва, ми, који смо изгубили један део својих права, ми смо делови друштвенога организма и рећи да је друштво добило, значи рећи да су појединци добили, исто онако као што вели г. Перић: „И ко каже да је целина пропала, тај каже да је пропао скуп делова.“ Дакле ми истина губимо један део својих права, али добијамо један део од онога што други губе. Заиста: ако ја не смем вршити своје право само у циљу да другог штетим, не сме нико у нашем друштву вршити своја права само у циљу да мене штети. Колико сам изгубио, толико сам и добио. Од круга мојих правних овлашћења одузето је једно *n*, да би се с друге стране њему истом додала толика иста количина *p*. У ствари дакле после примене теорије злоупотребе права мој правни круг је *m-n+p*, где је *n* и *p* по величини једнако, па према томе тај је правни круг потпуно једнак по величини првом кругу *m*. У место круга сл. 2. и 3. код г. Перића ми мислимо да би пре требало примити кругове сл. 5. и 6.



Сл. 5.



Сл. 6.

Ако сад сл. 6. претворимо у круг са додатком *p*, јер права приватна ма колика остала престављају се кругом, онда добијамо круг сл. 7.

А тај је круг потпуно раван кругу сл. 1. Па шта је онда било? Било је то да је круг само у својој садржини измењен. Из круга мојих правних овлашћења нешто је избачено, избачено је све што је антисоцијално и неморално, а ушла су нова овлашћења. У погледу приватних права наша воља остаје и даље *се* или *ништа*, само су границе наше правне власти још једном померене. Круг наших правних моћи је само на извешан начин пречишћен, ако бисмо тако могли ка-



Сл. 7.



зати<sup>1</sup>. Како би се могло рећи да је том приликом карактер праву измењен, кад се вековима тај процес врши. Сетимо се само да смо некад могли имати у својој власти људе, као и остале ствари (робове).

Карактер се праву не мења дакле тим што се један део нашег правног круга одузима а други му се додаје, а још је мање тачно да еволуционистичка школа „мења из основа једним потезом цера друштвену организацију.“

По г. Перићу даље приватна ће се права у еволуционистичкој школи претворити у *дужност*. Г. А. Ђорђевић вели пак на једном месту: „Има случајева да је неко обавезан своје право вршити; н. пр. сопственик шуме дужан је при сечењу ове придржавати се прописа за сечење шуме... али се тиме очевидно квалитет права не мења<sup>2</sup>.“ И ми држимо да је ово друго тачно.

Г. Перић је ударио гласом још на једну тачку. Теорија злоупотребе права чини да се права појединаца ниште у корист целине, у корист општих интереса, а „то баш, само у много ширем обиму хоће и колективизам.“ И збиља тако једно тврђење има свога ослоња, јер у колико је год социјална веза међ појединцима јача и људи један од других зависнији, све више у толико друштво личи на колективистичку организацију. Али ипак не треба нашу теорију доводити у везу са том организацијом, нити јој приписати значај „прве етапе“ тој социјалној реформи, јер би онда и само образовање држава, што је ближе колективизму од расејаног стања дивљачких племена, била такође једна етапа колективизму. Међутим историјско постојање толиких држава сведочи да образовање држава није ни мислило на колективистичку социјалну организацију и да се баш држава може борити против те организације. „Школа солидарности, вели Жид, сматраће да није добро да се један човек може потпуно ослободити болова и радости заједничких: и у томе погледу одбаћиће законе и установе, које томе воде, али ће она још енергичније осудити, па ипак верна своје принципу, сваки систем социјални који би ишао за тим да за људе створи једнакост васпитања, положаја, стања и средине

<sup>1</sup> Видети наш чланак „О злоупотреби права“ *loc. cit.*

<sup>2</sup> „Систем приватног (грађ.) права“, стр. 17.

и који би идентитетом удружених индивидуа водио друштво на вижи тип, тип нижих организама.... то не би јачи подигли слабије држећи их за руке већ би слабији оборили јаче попевши им се на леђа<sup>1</sup>.“

б) — Вршење права мора бити слободно, то је принцип, принцип лепо формулисан од стране римских правника: *nemo damnus facit qui suo iure utitur*. Према томе зашто вређати тај принцип јер „тако би се дошло у једну нелогичну ситуацију, вели Мартен: признати човеку право, а не дати му да га ужива.“ Ми признајемо да је постављено правило један принцип и то принцип, који има свога значаја. Ако бих ја н. пр. отпустио радника о уговореном року, а он је после остао без посла, ја сам му тако нанео штету, али ја не одговарам пошто сам вршио своје право. Али ако је то принцип за редовне случајеве ништа не значе да се постави други принцип за нередовне. Који још правни принцип није повређен изузетком? Правни је принцип да ја могу постати сопственик једне ствари, која припада другоме, само ако ми је он уступи у својину, па ипак ја могу *застарелости* постати сопственик једне ствари и ако је нисам купио од њеног сопственика, већ од неког другог лица. Застарелост је дакле као једна правна установа погазила принцип слободног располагања својом ствари. Правни је принцип да ја своје имање могу оставити коме хоћу у наслеђе, па ипак синовима морам оставити њихов *законити део*. Правни је принцип: *nemo plus iuris transfere potest, quam ipse habet*; нико дакле не може на другога више права пренети, но што сам има (§ 29. грађ. зак.) па ипак кад меницу, коју сам украо пренесем на савеснога приматеља, овај може тражити њену наплату од акцептанта и ако ја ту наплату не бих могао тражити чим би акцептант доказао да сам меницу украо. Зар нисам ја тако на другог више права пренео, но што сам сам имао? Ако правилним меничним преносима меница дође у моје руке, пошто сам ја већ раније био један од њених преноситеља, ја немам више право тражити наплату од оних преноситеља који су између мог првог преноса и последњег преноса на мене, просто зато, што сам према тим лицима у обвези. Али ако ја меницу даље

<sup>1</sup> *loc. cit.* стр. 398.



опет отуђим, нов притежатељ има право и од њих да меницу наплати. Зар нисам тако опет више права на другога пренео, но што сам и сâм имао? И тако је са свима правним принципима. Принцип је правни да подижем на свом имању какве хоћу зграде, па ми ипак држава не да у главним улицама једне вароши да их дижем мимо законских прописа о висини и т. д. Правни принципи важе само до извесне мере и границе, док се они неprotиве моралним појмовима друштвеним или општим интересима. А када општи интереси, правда и морал то траже, онда ништа не смета да се уз правни принцип о слободном вршењу својих права, дода један други принцип, који има исто тако здраву моралну подлогу, а то је: *malitiis non est indulgendum*.

Не треба се можда и сувише играти са логиком јер она претерана, може, како вели г. Перић постати нелогична онако исто, као што „претерана доброта постаје слабост“ и као што „гвожђе расхлађено до извесног степена дејствује на руку, која се за њега прихвати, онако исто као и усијано гвожђе<sup>1</sup>.“ *Les extrêmes se touchent*.

с) — „Људи проводе свој век, вели Платиол, наносећи штете једни другима; живот друштвени је једна вечита и општа борба; свака радња сваки посао је дело економске и социјалне конкуренције; сваки човек сваки народ, који другог надмаши у извесној грани делатности штети другог и то је његово право да га штети. Такав је закон природе и човечанство нема интереса да се против тога бори, јер је то једини стуб његове енергије.“ То исто г. Перић вели на овај начин: „По правилу приватна су права резултат нашега рада, због чега ако би се дозволило да неко трећи може нашим правом располагати, имали бисмо ту последицу да би од нашега рада видео користи тај трећи, а не ми. Подстрека за рад тада би нестало, а нестанком рада, био би и друштвени напредак, који је условљен радом, онемогућен.“

То је сад један велики проблем. То је борба индивидуалистичке школе: *laissez faire, laissez passer* и школе социјалистичке о учешћу државе у социјалној конкуренцији и ограничењу слободне индивидуалне делатности. И ма како био „закон природе“ да људи једни другима наносе штету,

<sup>1</sup> „Скупљене расправе“ (прив. право); 1912. стр. 321.

циљ је цивилизације да дејство те узајамне борбе ублажи. Модерне државе то чине нарочито својим законима о радњама. Државе данас не остављају слободу патронима да са својим радницима уговарају о надници и времену рада, већ прописује нарочите услове. Држава се једном речју меша и мора мешати у животну борбу појединаца помажући час једној час другој страни. Ми не можемо тачно рећи докле то њено мешање има да иде, јер то све зависи од месних прилика и околности, али све што можемо рећи, то је да се мора мешати. Она не сме пустити ту трку и борбу за животни опстанак неумитним „законима природе“, јер то често, врло често, не би био за човечанство „стуб његове енергије.“ „У погледу цивилизованих народа, вели Танон, не изгледа могуће тврдити да им животна конкуренција осигурава напредак... Разлика која дели у погледу те конкуренције владу животињску и људских друштава, не може се сметнути с ума. Ми смо видели да борба за живот није једини знак прогреса, чак ни биолошког. Али и претпоставимо да она има тај карактер и да је она закон, који је природа поставила за напредак животињски, она не би могла бити у исто време, природни закон људског прогреса, јер борба та код човечанства зависи од оне вештачке средине, која је дело *не природе*, већ дело човечије. Док се борба животињска води између појединака сличних и онаквих какве их је природа дала, и зависи само од њиховог својственог карактера и физичке средине у којој живе, у људском друштву та се борба води између неједнаких индивидуа, које су често надмоћније не само због природне надмоћности већ због средине у којој се боре<sup>1</sup>.“ Ми дакле не видимо разлога да се људска борба и утакмица пусти да бесни са свом својом суровошћу само зато што би тако појединац био јачи у својим акцијама, јер у колико бисмо с једне стране тим добили у толико и много више губили. Вршити своје право и онда када оно једино циља да другога штети ми апсолутно не видимо да има везе и користи по напредак човечанства и његову делатност. Ако је закон природе да сваки прогрес једне индивидуе штети другога, онда то не значи да се та штета

<sup>1</sup> L. Tanon: „L'évolution du droit et la conscience sociale.“ Paris. 1905. стр. 114.



мора трпети и онда кад се може и треба да избегне *без уштрба* по титулара једнога права. Не треба у тој природној последици људске делатности о узајамном нашошењу штете видети некакво *право* и као такво примити га са свим његовим штетним дејствима, већ ту штету треба трпети само онда кад ју је немогуће избећи онако исто као што се убиство у нужној одбрани не казни, али се ипак на чело законика пише: не уби. Нека би се у маси и појављивале тежње за пакосним оштећењем другога, ми зато доносимо законе. „Законе праве најобразованији и најискуснији људи, који познају и потребе саобраћаја, а треба и на то помислити да један закон, који је после дугог саветовања и дугог трудног рада донесен, треба да има и извесно васпитно дејство на ток саобраћаја<sup>1</sup>.“

d) — И сада да пређемо на једну најважнију замерку теорији злоупотребе права. Она је управо и једина коју ми признајемо. Сви предложени путеви, којима би се постигао циљ ове теорије или су несигурни или су чак и опасни. По једном систему злоупотреба права постоји ако се оно врши „*једино у намери да се други оштети.*“ Да ли је могуће наћи титулара једнога права који врши своје право без икаквог интереса за себе, а чим тај интерес постоји, онда више нема „*једине намере*“ да се други оштети. Тако ће онда по примедби Салејевој бити узалудна и ова теорија сведена на тај критеријум, што мисле и Мартен, Бодри, Бифноар и др. Иста примедба се може учинити и Салејевој дефиницији, јер из којих је узрока тешко констатовати „*једину намеру*“ за оштећењем, из тих је тешко констатовати и да вршење права има „*једино дејство*“ да се други оштети. По другом систему злоупотреба права постоји ако је вршење права противно „*моралу*“ и „*поштењу*“ или је „*ненормално*“ и „*антисоцијално*“, извршено без „*законских мотива*“ и т. д. Зар то нису све и сувише пространи појмови, те би суд потпуно имао одрешене руке да вршење права одобри или не одобри према томе какве он има појмове о моралу и поштењу, о законским мотивима и т. д.? Тиме је оправдана бојазан Ес-

<sup>1</sup> Др Д. Аранђеловић: „О формалним изјавама воље.“ („Архив“ — књ. X. стр. 108).

менова да се судије не претворе у цензоре, бојазан Мартенова и Бодријева о правној сигурности, као и бојазан г. Перића да се судија не претвори у законодавца.

Колико год буде судија толико може бити разних појмова о томе: да ли је један акт моралан или неморалан, социјалан или антисоцијалан, поштен или непоштен и т. д. Правне сигурности више не би било, јер које сигуран да један судија неће одбити захтев каквога милионера да исплати неки мали дуг од једног сиромашка, пошто би то по појмовима једнога судије могло бити и неморално и непоштено и антисоцијално? Свакоме акту, свакоме праву, неће бити довољно то, што је оно право, па да би се могло и уживати, већ му треба још и то да суд донесе одлуку: да ли је тај акт моралан или социјалан. Све наше правне тековине зависе од самовоље судске, а замислимо још случај судске несавесности, колико би тек тада било опасности по правни поредак са усвајањем ове теорије! Ко се дакле може таквим стањем одушевљавати?

Разлози јаки и зато се ми овом теоријом и не одушевљавамо. Ми не видимо у њој „*лучу светиљу*“ целог права, која би имала да правне институције вечито подмлађује. Ова теорија чак неће решити сукобе о границама правних домена појединаца, као што то мисли г. Аранђеловић<sup>1</sup>. И не само да их неће решити, већ их још и заплиће. До усвајања ове теорије судија би имао да испитује: где се свршава моје право, а где почиње туђе; а после њеног усвајања још и то: кад се и само право губи зато што би вршење његово било неморално и непоштено или би се вршило једино у циљу да другога оштети. Ова дакле теорија има и својих штетних последица и сасвим је добро приметио г. Аранђеловић да је она „*нож са два сечива.*“ Она долази да залечи једну рану: да спречи егоистичко развијање индивидуалне делатности на штету појединаца а после и друштва, али отвара другу рану: ствара од судије извесну врсту цензора и чувара морала, а колико год буде судија толико бисмо могли имати и разних појмова о моралу. Али зато ми ипак примамо ову теорију. Ми је примамо не зато што је то једна

<sup>1</sup> „О одговорности за накнаду штете“, стр. 19.



„нова етапа“ у еволуцији правне свести ни немачког ни француског народа, о чију су се славу они грабили, јер смо имали прилике да покажемо историску старост њену. Ми је примамо зато што сматрамо да ју је боље примити но не примити. И то је све. Све раније разлоге, који су наведени против ове теорије мислимо да смо успели оборити. Остало је да још о овим последњим говоримо. Јер и ако смо признали да се поменуте бојазни могу претпоставити, ипак ми мислимо да ће те претпоставке и остати само претпоставке. У ствари речених опасности нема.

Ми сматрамо да је неморално вршити једно своје право само у циљу да се други штети и мислимо да формула немачког законодавца не мора остати мртво слово на хартији. Ми смо већ говорили о томе како треба ту формулу разумети. Планк је дао један добар правац њеном тумачењу. Узмимо наш пример о спорноме путу. Кад би суд учинио увиђај, зар он не би могао констатовати да тужени не примајући други пут врши своје право баш „једино у циљу“ да брата оштети, пошто му понуђени пут није ништа незгоднији од првога. Једним објективним испитивањем како је то лепо доказивао Салеј и Жосеран може се констатовати често код титулара права вршење једино у циљу да се други оштети, тако да нас чуди да је се и сам Салеј, као и Бодри, Мартен и др. бојао од неких „психолошких истраживања.“ Онако исто као што се савесност и несавесност испитује готово код свих правних трансакција, јер је то по лепој примедби Жосерановој „ткиво од кога су откане све институције приватнога права,“ тако се исто једним објективним испитивањем може доћи до закључка: да ли неко врши своје право једино у намери да другога штети или не. У осталом наведени примери из Француске судске праксе то најбоље сведоче. Они најбоље показују да, питати судију: врши ли ко своје право једино у намери да другога штети, не значи ставити му једну тешку заговетку или тражити од њега какво пророчанство. Тако дакле примедбе у том смислу како немачкој формули тако и формули Салејевој у многоме су неосноване.

Ако би узели формулу црногорског законика из § 943. ми видимо да су замерке и њој као и оне, које се чине швајцарском законнику, неосноване. Вршење је права по тим формулама

забрањено ако је *неморално* и *непоштено*, ако је *антисоцијално* или просто речено ако се оно *злоупотребљава*. Ма колико ти појмови били пространни, судије као учени људи, долазећи на свој положај после толикога научног рада, могу разумети циљ ове теорије, а разумевши је тачно, они ће и поменуте правило применити само онда, када то заиста треба. Судије долазе на свој положај, претпостављамо, тек кад покажу довољну спрему у правилном (тумачењу законских одредаба, једино је могуће да буду несавесни. Али зато имамо гаранције не само у колегијалном суђењу и у суђењу у више степена, већ нам је гаранција и то што ће они свесни колико „правда држи земље и градове“ бити пре непристрасни него заинтересовани појединци. У осталом судије су нам дале довољно доказа и о својој спремности и правилном поимању своје дужности. Оставимо на страну изузетке, који је од судија злоупотребио право, које му даје § 18. грађ. зак. а по коме: „Што се тиче јавнога поретка и благодаривања не може се изменити вољом или уговором?“ Ето цео један део правних трансакција, право склапања уговора, зависи од тога: да ли су ти уговори противни „благодаривању“, т. ј. моралу, баш оном и сувише пространом појму, па се није нашао судија који би поништио уговор о зајму између једнога милионера и некога сиромашка, а по коме би овај морао још милионеру плаћати и интерес на позајмљени новац? Судија разуме циљ једнога законског прописа и труди се увек да га и поштује. Колико је судија злоупотребило власт која му је остављена да испитује: је ли пуномоћник свршио свој посао „поштено и својски“ коју му власт даје § 615. грађ. зак.? Затим: које су мане једне продане ствари видљиве и невидљиве, и то је исто тако једно фактичко питање које судија има да оцењује при продаји те ствари, ако би се повео спор о њеним манама. Таквих примера има врло много, у којима судија има потпуно дискреционарну власт. Тако дакле нема толике бојазни од самовоље људске и његове законодавне улоге, у колико би је он, по г. Перићу, добио. А и колико би те самовоље и било, она се мора трпети јер јаки и оправдани разлози говоре у корист пријема наше теорије. „Треба се само сетити одмеравања казне, па видети како разни судови одређују неједнаке казне за иста



кривична дела. Па ипак зато нико не тражи да се укине казни законик<sup>1</sup>."

За пријем наше теорије говоре и ови разлози:

1. Кад је морал граница вршења права склапања уговора, зашто не би био граница и вршењу осталих права? Салај је потпуно умесно тражио да се уз чл. 6. *cod. civ.* који није ништа друго до наш § 13. унесе и теорија злоупотребе права, пошто је она само природно развиће те идеје у чл. 6. односно §-у 13. „Јер може се сматрати, вели он, да јавни поредак и морал траже не само да се закони, који их чувају не вређају уговорима појединаца, већ исто тако да се вршење права одржи у пристojним границама, тако да се треба да сматра као повреда јавног поретка и морала тај факат, што се неко служи правима и законом признатим прерогативама једино у намери да се други оштети.“ Зашто Бифноар не дозвољава злоупотребу права свих других само не својине, која се баш највише може злоупотребљавати? То што опет Бодри не признаје теорију злоупотребе права, али ју је примио код својине, сасвим обратно Бифноару, сведочи да Бифноар нема права. То што он мисли, да ће у праву својине тако бити прерогатива дозвољених самих по себи и оних, које се оправдавају својим циљем, није никакав аргуменат против наше теорије. Јер то је баш циљ њен, а ми већ доказујемо оправданост тог циља. Тако дакле теорију злоупотребе права треба генерализовати на сва права, потребу затим најбоље је доказала еволуција овога питања предзаконодавним телом у Црној Гори, Немачкој и Швајцарској.

2. Без пријема ове теорије стање ствари није ни мало боље, ако већ није горе. Не само што ће тада бити дозвољени акти шикане, што би било неморално дозволити, већ правни конфликти постоје и тада и судијина самовоља исто тако може се испољити. Шта да ради судија у оним драстично изнетим примерима Јеринговим? Он има да нађе границу мојих права, али где је та граница? То се питање поставља баш и кад нема узаконјене теорије о злоупотреби права. „Н. пр. сме ли сусед по цео дан лупати у своје дво-

<sup>1</sup> *Dr. B. Markovitch*: „Средства за замену кратковремене казне лишењем слободе с нарочитим обзиром на условну осуду.“ (Прештампава на „Архива за правне и друштвене науке.“) стр. 138.

ришту, по цео дан ложити ватру и димом узнемиравати суседе и т. д. Где је у оваквим случајевима граница вршењу свога права? Баш и кад се усвоји правило: да се не може као противправно сматрати вршење некога свога права само зато, што други отуда има штете, ипак тиме постављено питање о вршењу свога права није решено<sup>1</sup>.“ Као што се види не отвара теорија злоупотребе права поље сукобима правних интереса појединаца, већ ти сукоби постоје и мимо те теорије, пошто често вршење права другог штети и ако се оно не врши једино у циљу да се други оштети. Теорија злоупотребе права истина с једне стране компликује питање са уношењем нових елемената у расправљању тих спорова, али с друге стране олакшава, јер кад се докаже да неко заиста врши своје право само у том циљу да другог штети, онда ће бити јасно и то да је вршење тога права забрањено — што иначе не би било извесно.

3. У ствари и противници ове теорије нису јој до краја непријатељи. Они само хоће да њен циљ постигну другим путем. Тако Планиол вели: „Ја нећу ипак тиме да разноврсне акте, које судови под тим именом спречавају, сматрам за дозвољене.“ Дакле он не мисли да дозволи и сам вршење оних аката, које је суд назвао именом „злоупотребе права“, само он мисли да ти акти већ нису вршење права, јер, вели, „права нису апсолутна“, већ су подлежна ограничењима. То исто мисли и Бодри. По њему „сва права имају границе“, то је његов главни принцип. И отуд ко би подигао спор једино у намери да другог шиканира тај одговара овоме за штету, јер „свако право има границе“ и „*оно се може вршити само ако се бране законити интереси.*“ Ми бисмо само питали и Планиола и Бодри: на основу чега су они поставили границу права ту, где се ово почиње вршити једино у циљу да се други штети и где се престају бранити „законити интереси?“ Јер то је баш циљ саме теорије злоупотребе права, па ако је та граница постављена законом, онда значи да у Француској постоји такође узаконјена наша теорија, коју они на тај начин акцентирају, а ако ли је то што се то „по себи разуме“ онда су они веће присталице ове теорије и од њених највећих поборника. Биће да је ово

<sup>1</sup> *Dr. D. Aranđelović*: „О одговорности за накнаду штете“, стр. 16.



друго. Јер заиста кад Планиол каже: „У ствари сви се слажемо, само где једни кажу: има злоупотребе права, други веле: има акт извршен бесправно“, и када Бодри каже да се право може вршити „само ако се бране законити интереси“, онда нашто толика препирка? Планиол је овим сада цитираним местом показао да је њему стало само до једне формалне стране, у чему смо му ми признали право доказавши да то ништа не смета усвајању ове теорије — па зашто му је онда требало да се ипак експонира као противник ове теорије чиме себе доводи још једном у противречност? А Бодри опет признајући да се право може вршити „мо ако се бране законити интереси“ не вели ништа друго но што се овако на дуго и на широко трудио да докаже и Жосеран. Кад узмемо у вид и то да је и сам г. Перић сматрао вршење права једино у циљу да се други оштети као неморално и да је више констатовао само последице ове теорије но што је на те последице реагирао<sup>1</sup>, онда ми смемо направити ту резерву да би и сам г. Перић ову теорију примио. У осталом ми смо мишљења ова три правника и сматрали као најмеродавнија међ противницима ове теорије, зато смо их и одвојили засебно и зато, мислимо, кад и њих у неколико измиримо са овом теоријом да је противна страна сасвим ослабљена.

4. Напоследку за пријем ове теорије говори и само историско порекло, одржавање саме идеје кроз дуги низ година само не на оној висини, на коју данас треба да се уздигне. Најаад и само то, што су ту теорију, пошто ју је у Црној Гори ставио у законик велики познати правник Богишић, усвојила данас два најновија грађанска законика двеју од најкултурнијих држава у Европи.

Тако ми дакле примамо теорију злоупотребе права и сматрамо да ју је потребно узаконити. Дозволити човеку да врши своја права и онда кад од тога вршења нема никакве користи, а другога штети, то се не да правдати ничим, а

<sup>1</sup> Ми смо видели да је г. Перић у два маха прво писао о овој теорији само на тај начин што је констатовао последице, које она за собом повлачи. И тек у својој студији „Један поглед на еволуц. прав. школу“ г. Перић је комбатирао целу ову школу на и њену творевину, нашу теорију.

најмање каквим правним разлозима. Истина ми нисмо ништа рекли ни за ни против формуле немачког и црногорског законодавца, ни швајцарског, као ни за ни против субјективних или објективних теорија, али то је за то, што сви ови законски прописи као и све ове теорије имају један и исти циљ. Између законских текстова и појединих теорија може бити разлике, то је зато да би се сама теорија злоупотребе права што боље извела, али ми смо доведе само хтели да кажемо да примамо саму идеју теорије злоупотребе права, а не систем овај или онај, речи законске ове или оне. И ако је то сада детаљан посао законодавца, ипак ћемо одмах и о томе говорити.

## В. — Критеријум злоупотребе права и њена санкција.

### § 1. Критеријум.

Говорећи о критеријуму злоупотребе права ми говоримо о субјективним и објективним теоријама, пошто је то баш питање у коме се оне не слажу. Али ако хоћемо да говоримо о томе критеријуму онда прво треба решити питање: да ли о овој теорији треба говорити као једном општем правилу које би се ставило евентуално у општи део законика, т. ј. о правилу, које би извесно вршење права прогласило за *недозвољено* као што је то учинио немачки законик или ћемо о њему говорити на терену грађанске *одговорности* као што је то радила доктрина француска. Ми знамо да је то било питање које је на првом месту хтело да рашчисти и француско друштво законодавних студија и да га је решило на начин противан немачком систему. Тако сад имамо два потпуно различна система.

Ми мислимо да је систем немачког законодавца бољи и да је Салеј био потпуно у праву кад га је предлагао и за Француску. Зашто ће ово питање на терену грађанске одговорности? Треба решити: је ли један акт слободан или не, је ли извесно делање правно или противправно, да ли ће пак бити накнаде штете ако се дело једно учини, то зависи од услова који су потребни па да неко буде одговоран за накнаду штете, и о којим условима говоре нарочити законски прописи, па узаконила се ова теорија или не. По немачком грађанском законнику о накнади штете говоре неко-



лико одредаба почев од § 823. Тамо је детаљно решено кад ће бити место одговорности за ту накнаду и зато је довољно само напред знати који су акти дозвољени, а који не. Да би се то постигло треба донети једну општу одредбу о томе: кад вршење права постаје недозвољено. Ту општу одредбу треба изнети из дела грађанских деликата и зато што не треба мислити само о злоупотреби као једном акту, који повлачи одговорност за накнаду, већ и о једном акту који треба *спречити* у самом извршењу. То треба учинити зато што би се ова теорија коначно одвојила од оних питања у којима је реч само о накнади штете, ма да се само вршење права не може спречити (теорија ризика). И тако би се избегла једна велика дискусија, која је главни разлог подвајања француске доктрине при усвајању ове теорије. А тај велики и главни разлог јесте што при накнади штете постоји једно спорно питање о томе: да ли учинилац штете треба да је *крив* за нанету штету или је довољно да ју је нанео, па ма на то и не ишао намерно и ма био и пажљив.

Сви модерни законодавци су усвојили принцип кривице<sup>1</sup>. „Почињући од римскога права, које је усвојило принцип кривице за одговорност у погледу накнаде штете, па све до најмодернијих грађанских законика и пројеката, преовлађује свуда у науци и законодавству *принцип кривице* као правило са негде већим а негде мањим изузетцима<sup>2</sup>.“ Али често је правда захтевала да једно лице другоме накнади штету и ако је то лице није нанело овоме ни намерно ни у небрижењу. Такав је случај са радницима при великим предузећима (као што су фабрике). Отуд се тврдило да онај, ко вуче користи од једнога лица и предузећа мора сносити сву опасност скопчану с тим предузећем (*le risque créé*). Тако би се одговорност поставила на један објективан терен<sup>3</sup> и место принципа кривице стало би се на принцип *каузалитета* или „створене опасности.“ На том терену ако би се неко возио

<sup>1</sup> Видети § 823. нем. грађ. зак.; чл. 1382. cod. civ.; § 1295. аустријског грађ. зак.; и § 801. српског грађ. зак.

<sup>2</sup> Dr. Драг. Аранђеловић: „О одговорности за накнаду штете“, стр. 31.

<sup>3</sup> в. Saleilles: „Les accidents de travail et la responsabilité civile.“ (Essai d'une théorie objective de la responsabilité civile), Paris. 1897.

аутомобилом и непажњом шофера некога ранио, био би и он сам дужан рањеном лицу накнадити штету, и ако је за то крив само шофер, јер је његова радња (вожња) скопчана с опасношћу за друга лица. Тај систем има својих добрих страна, па ипак није могао још успети да истисне принцип кривице. Врло је лепо овај систем кривице бранио Платиол, па ћемо у једном кратком обиму изнети то његово гледиште, јер су ретке студије о грађанској одговорности написане са овом снагом. Сваки случај одговорности без кривице, вели Платиол, биће једна социјална неправда. То би било у грађанском праву исто оно као кад би се ко казнио невино по казненом законнику. Које крив што је машина експлодирала и убила радника? Онај што ју је начинио. А ко је платио штету? Клијент, који ју је купио. Овакво се решење може назвати само монструозно. Тврдити да је довољно да је једно лице створило опасност, ризик, па да буде обвезно да накнади штету, коју други може отуд претрпети, значи бацити у циркулацију једну формулу и сувише опасну. Професионални ризик, т. ј. потреба да се осигура накнада сваком раднику у његовом раду, то је једна правична идеја, али не треба отуд закључити да се принцип треба да измени, како хоће теорија ризика. Пре свега „створена опасност“ по којој би се ангажовала одговорност, је лажна. На првом месту не ствара индустрију само предузимач, радник има у томе учешћа као и он, јер један од њих не може без другог и не би било патрона кад не би било радника, који им нуде своју снагу. Индустрија је њихово дело заједничко; сви: и проналазачи, инжењери, капиталисти, радници, предузимачи, па чак и клијентела, која потражује робу, сви учествују у томе да се створи опасност, којој ће неко бити изложен. На другом месту треба добро разумети закон, који осигурава накнаду радницима, жртвама несрећног догађаја у раду. Ови закони нису инспирисани неким разлогом „правног поретка“, њима је узрок један осећај милосрђа у најширем смислу и то чини велику част човеку. Најзад у ствари није се предузимачима наметнуо терет несрећних догађаја, чије су жртве радници, јер би то била неправда, пошто се закон примењује и онда када је само жртва крива за несрећни догађај, овај се терет наметнуо индустрији у своме скупу, што није једно исто. Ко сноси трошкове осигурања? Изгледа и при-



времено је можда то патрон, чији су се приходи тиме умањили, али треба рачунати са економским феноменима. Временом терет осигурања изједначиће се између патрона и радника као и сви општи трошкови, плате ће се оборити или се неће подићи ако би то требало, јер ће нестати патрона, који буду преоптерећени<sup>1</sup>.

С обзиром на све ово у науци приватнога права и у најмодернијим грађанским законима преовладао је мишљење да се остане код принципа кривице, али с обзиром на промењене привредне и саобраћајне односе данашњег живота, а и с погледом на правичност да се допусте изузеци, т. ј. да се у појединим изузетним случајевима, као што је случај са радницима у фабрици, установи одговорност и за ону штету, коју је неко проузроковао без своје кривице.

Пошто принцип кривице постоји узаконен, а пошто он значи да одговорност постоји ако је неко другоме нанео штету *намерно* или у *небрижњу*, то нам је сад јасно зашто су француски правници да би дали критеријум злоупотребе права тражили да право треба да буде извршено „у намери“ да се други оштети, или „у великој непажњи (*la faute lourde*)“, јер они су писали о злоупотреби права на терену *грађанске одговорности*, па нису хтели дозволити да се плаћа накнада штете док се не докаже да ју је штетник нанео *намерно* или у *небрижњу*, а разуме се још и уз то да је уживање права без користи по његовог титулара. На тај се начин уплео психолошки елемент и истраживање *намере*. По објективним теоријама има случајева у којима треба накнадити штету без обзира на намеру штетникову, јер се намера као једно психолошко стање не може констатовати непосредно. Ако је дакле реч о накнади штете, онда се мора због принципа кривице тражити код штетника намера или непажња. Али кад се питање изнесе из тог домена и третира као једно *опште* правило о начину вршења права онда је већ друга ствар. Тада се оставља да о кривици говоре нарочите законске одредбе, а теорија злоупотребе права има да само означи које и какво вршење права није дозвољено.

Када пак питање тако посматрамо као једно правило о начину вршења својих права, онда цео спор између субјек-

тивних и објективних теорија састоји се у овоме. По субјективним теоријама злоупотреба права постоји кад се право врши *једино у циљу* да се други оштети. По њима треба тражити тај субјективни елемент, по објективним пак теоријама не треба гледати на шта титулар права *циља* већ испитивати да ли је једно вршење права *антисоцијално, нормално, морално*, и врши ли се из *законитих интереса*, пошто се никад не може констатовати да *збиља* титулар једнога права нема при уживању овога права баш никакав други циљ до једино да другог штети. Отуда је Салеј предлагао формулу по којој би се злоупотреба права видела, ако вршење права има „једино дејство“ да другог оштети. Отуда немачки законик има § 826. и црногорски законик у чл. 943 види злоупотребу још и у вршењу права противном „моралу и поштењу“ а швајцарски опет није ни дефинисао него оставио суду да сам оцењује када има злоупотребе права. Јер као што рекосмо, бојазан је да се § 226. нем. грађ. зак. не тумачи буквално, па би могао остати мртво рођени закон. Зато треба дати судији једно шире поље. Што се нас тиче ми видимо да су оправдане тежње објективних теорија. Творац је њихов био још Јеринг. „Кад сопственик, вели он, производећи намерно загушљив гас у својој јами за ђубре, иде затим да натера суседа хотелијера да му откупи земљу, ја бих допустио *actio publiciana* гостионичару, али не зато што је сопственик радио из чисте шикане, већ зато што је то један акт необичан, који није изазван никаквим правилним циљем, т. ј. што се не врши на тај начин употреба јаме за ђубре и што се обично тако не врши“; злоупотреба се дакле права карактерише својом објективном страном, а не циљем. Ми према томе видимо оправдане тежње ових писаца објективних теорија.

Да резимиремо. Објективна теорије су оправдане, али оне не дају ни једну подесну формулу законодавцу.

Салејева формула је неподесна зато, што ако је тешко констатовати „једини циљ“ титулара једнога права да оштети другог при вршењу овога, тешко је исто тако констатовати да се и „једино дејство“ тога вршења права, састоји у оштећењу другог. Формула швајцарског законика је неподесна

<sup>1</sup> „Etude sur la responsabilité civile“, (Revue critique .... 1905 стр. 277).

<sup>1</sup> „Des restrictions .... стр. 123.



зато што ни најмање не даје судији уцупства о томе: шта он сматра под речју „очевидна злоупотреба“ једног права. Међутим закон треба да што мање остави поље судијској самовољи, кад је већ мора оставити. *Optima lex, quae minime iudicis arbitrio relinquit, optimus iudex, qui minime sibi.* Зар законодавац нема ниједне речи о томе да своју мисао и идеју ове теорије ближе дефинише? Остаје још само дефиниција §-а 826. немачког и члана 943. црногорског законика по којима би критеријум злоупотребе био *морал* и *поштење*. Она је, признајемо, врло подесна, јер реч „морал“ показује један појам кога више мање сви на исти начин схваћамо. Па ипак нама изгледа да целу идеју ове теорије најлепше исказује § 226. немачког законика и чл. 1000. црногорског, јер се је и на свима примерима које смо навели показало да је најбољег ову одредбу применити. Ми смо навели пример о спорноме путу; он најбоље показује питање, које нас интересује, па признајемо да би се он потпуно подвео под § 226. нем. зак. Могао би се он уосталом допуштати са одредбама из § 826. нем. и 943. црногорског законика, и тако § 226. и 826. нем. зак. спојити уједно, што би било врло целесходно. Али пренети § 226. у наш будући грађански законик, нас би то потпуно задовољило, јер у самој ствари кад се § 226. правилно протумачи где се испитивање намере испитује на извештај *објективан* начин, онда нестaje разлике између објективних и субјективних теорија. Тако би се и циљ наше теорије постигао, јер смо већ показали да је могуће и правилно њега протумачити, како не би остао мртво слово на хартији, и тако бисмо избегли и злоупотребе судске власти, која би се свела на минимум, а ако има још некога вршења права, које не треба дозволити или оптеретити одговорношћу, а не би се могло на њ применити правило формулисано у § 226. нем. законика, онда нека се о тим питањима засебно расправља (као што је теорија ризика). Циљ наше теорије био би постигнут ако бисмо се дакле вратили староме правилу римских правника: *malitiis non est indulgendum.*

#### § 2. Санкција.

Санкција злоупотребе права јесте накнада штете. Под накнадом штете подразумева се уклањање онога уштраба, који

је неко причињеном му штетом претрпео, дакле успостављање онога стања, које је пре штетнога догађаја постојало<sup>1</sup>. „Да се штета накнади треба све да се у првашње стање постави, вели и § 818. грађ. зак.“ Према томе накнада претрпљене штете на првом месту је *in natura*, т. ј. да се одузета ствар врати, порушене грађевине да се подигну, а подигнуте да се поруше и т. д. Према томе и прва је санкција да се једно недозвољено делање *спречи*, па тек ако је то немогуће онда долази накнада у новцу. Отуда није сасвим погрешно унети теорију злоупотребе права и у део законика о грађанским деликтима, јер и на том месту унета, она ће постати да се само вршење права спречи, а не само да се плати накнада у новцу. Али ако се тиме губи један аргумент у корист уношења ове теорије у општи део законика који, ми мислимо, биће и код нас, не добија се ни један аргумент у корист онога мишљења да је боље унети ову теорију у грађанске деликте. Јер ако појам накнаде штете обухвата и спречавање злоупотребе права, ипак се обично под накнадом разуме еквивалент штете у новцу, а после тога тако су и правници француски разуме питање о накнади, идући са судском праксом која је у већини делова својих пресуда досуђивала накнаду за учињену штету.

Према томе ми о санкцији већемо више говорити пошто је санкција за злоупотребу права иста она, која и за обичне грађанске деликте, за обично вршење оних аката на које се *нема право*. Ово мало смо хтели да напоменемо само зато, што је Салеј био први пут то питање покренуо и баш по тој санкцији разликовао злоупотребу права од делања бесправинога, а да је то погрешно и сам је доцније доказао. Што се тиче величине накнаде штете, да додамо, и она би била равна штети која се наноси бесправним делањем, пошто смо већ напоменули да ко би злоупотребљавао право, што би било забрањено, тај би делао у ствари противправно. Према томе штета је или *проста (damnum emergens)* а то је накнада онога што је од имовине општењенога умањено; или накнада обухвата и *изгубљену добит (lucrum cessans)*, т. ј. ону добит коју би општењени, да није било штетниково радње,

<sup>1</sup> Видети *Dr. Д. Аранђелоскић*: „О одговорности за накнаду штете“, стр. 5.



по обичном току догађаја добио<sup>1</sup>. То зависи од степена кривице штетникове (да ли је делао намерно или из непажње). Разуме се ако би законици ту разлику, која се до данас правила, и даље усвојили. Али питање у опште о томе нема велике везе са нашом теоријом, јер се оно односи на санкцију забрањене акције једнога човека, а ова теорија хоће само још једну врсту акције да *уврсти у забрањене*.

## ТРЕЋИ ДЕО СИСТЕМ СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА

### I. ОДЕЉАК

#### Доктрина.

#### § 1. Српски грађански законик не признаје теорију злоупотребе права.

Док смо до сада говорили у опште о теорији злоупотребе права, о њеном постанку, историском развоју и потреби да се узакони, сада пак настаје не мање важно питање: како се наш грађански законик држи према тој теорији. Ми смо видели да се оно већ поставило пред судом, према томе и нашим судовима је потребан јелан руководни принцип у решавању тих спорова. Одмах ћемо рећи да такво једно питање за наше судове није ни мало било лако. Јер док смо видели да је теорија злоупотребе права примљена у модерним законодавствима и да је треба примити, дотле у нашем грађанском законнику постоји § 808. овако ређигован: „Ко би другоме с тим што би право своје уживао само ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговарати, нити му накнадити.“ Као што изгледа то је потпуно копија римскога правила: *qui suo iure utitur neminem laedit*, па дакле свако може вршити своје право без икаква обавра на штету, која за другога отуда настаје. Тако мисли г. Ж. Перих. „Нико не може, вели г. Перих, располагати оним што није његово, или, што исто значи, ми можемо располагати само са оним што је наше (§§ 27. и 28. грађ. зак.). Право бар приватно је онај круг, у коме је воља дотичног појединца суверена... Та апсолутност наше власти

<sup>1</sup> Видети: А. Ђорђевић: „Систем приватнога (грађ.) права“, књ. I св. 1. стр. 178.



у погледу добара, која имамо иде дотле да ми можемо не само од свога права видети корист онако и на онај начин, како се нама допада, већ нам је слободно својим правом и не користити се. Неупотреба једног права и то је једна врста употребе, као што је атеизам, неверовање, такође једна вера... И ову апсолутну употребу од свога права може титулар вршити једино с погледом на своје властите интересе. Другим речима, вршеће своје право он нема да води рачуна о туђим интересима. Сасвим је равнодушна ствар, да ли ће он оваквом или онаквом употребом свога права, оштетити нечије интересе. Ми имамо да се бринемо за своје а не за туђе интересе. Што ми не смемо, то је да повредимо туђе право, повреда, која је немогућа све дотле док се ми ограничавамо на вршење само свога права... Морамо применити да је ова апсолутна власт, која је у *нашем* приватном праву *неокрњена*, добила једно врло важно и интересантно ограничење у немачком грађанском закону<sup>1</sup>. Ми смо подвукли ове две речи из цитираног места, јер су оне за нас најважније. Дакле по овом гледишту г. Перића апсолутна наша власт над правима у нашем приватном праву је неокрњена. У осталом то је исто рекао и на другом месту: „Наше законодавство није још примило теорију немачког грађанског законика<sup>2</sup>.“ Затим у својој расправи „Утицај судије на јавни морал“ г. Перић вели: „Чиниоци не може бити одговоран за штете, које појединци могу евентуално претрпети услед радње од његове стране надлежно извршених. *Nemo loedit, qui suo iure utitur*, а орган власти, који чини оно зашта је по закону компетентан, налази се у положају појединца, који врши своје право“<sup>3</sup>.

Други наш познати правник г. Ђ. Павловић слаже се с тим гледиштем. Говорећи о уговору закупа, г. Павловић вели: да сопственик треба да остави имање у оном стању у коме се налазило у времену кад је уговор прављен. Затим додаје: „Ово правило као сувише апсолутно неки правници умершавају тиме, што веле, да би судије у оваквим приликама имали да испитују: да ли тужба закупника има за основ

стварну повреду његовог уживања или има за циљ да сопственика шиканира и да му досађује<sup>1</sup>.“ То што г. Павловић вели да „неки правници“ мисле како треба шикану спречити показује да себе у тај број правника не убраја.

Исто тако г. А. Ђорђевић вели: „Овлашћено лице не сме истина раширавати обим своје праву, али вршећи га у границама његовим, оно је овлашћено да га врши потпуно и без обзира на то: да ли отуда истиче каква штета за неко друго лице<sup>2</sup>.“ А на другом опет месту: „Но пошто се привилегијом подарено право сматра као и друго обично стечено право (*ius quaesitum*), то се онда по себи разуме: да се привилегије не могу тек произвољно одузимати, већ да опозивање мора бити *ex iusta causa*... Да ли је пак злоупотреба подареног права *iusta causa* за опозивање привилегије, спорно је. Ми држимо да није, а то зато, што злоупотреба каквог права није општи основ губљења права<sup>3</sup>.“ г. Др. Аранђеловић опет постављајући питање: где је граница наших права вели: „У сваком случају долазило би до врло великих сукоба између суседа све дотле, док се законодавним путем не би установило правило немачког законодавца... Ко из пакости да би своје суседу долазак светлости и чистог ваздуха спречио на своје земљишту диже грађевине, тај врши безобзирно своје право и по немачком закону може бити осуђен на накнаду штете (повратак у пређашње стање). Наравно да ово није могуће по нашем закону<sup>4</sup>.“ Исто гледиште заступа наш стари правник Дим. Матић: „Ко се служи својим строгим личним или стварним правом као притежатељ и господар према свом суседу, као заложни поверитељ према свом дужнику, или као онај који има право на какву службу према ономе који је дужан да њу чини, па њима тиме (док он по свом праву поступа) неочекивану штету нанесе тај није дужан за то одговарати<sup>5</sup>.“

Тако дакле наш грађански законик не само да није усвојио, узаконио теорију злоупотребе права, већ ју је из-

<sup>1</sup> „Мирно уживање и vis maior код уговора о закупу“ („Архив“, књ. II, стр. 186).

<sup>2</sup> „Систем прив. права“ — књ. I, св. I, стр. 53.

<sup>3</sup> *ibid.* стр. 227.

<sup>4</sup> „О уговорности за накнаду штете“, стр. 19.

<sup>5</sup> „Објашњење грађанског законика“, стр. 1037.

<sup>1</sup> „О обавези заштите у случ. евикције...“ стр. 15—16.

<sup>2</sup> „Један поглед на еволуц. прав. школу“, стр. 145.

<sup>3</sup> *loc. cit.* стр. 264.



рично одбио, одбацио. На првом месту § 27. вели: „Што је чије, онај има право и располагати с оним.“ Затим и мало час наведени § 806. изрично вели да ко врши своје право не одговара за штету другоме тим вршењем нанету. Према томе судије имају тако да разумеју систем нашег грађанског законика. Још нешто, Наш је законик рађен по угледу на аустријски законик од 1811. год. А у овоме се налази § 1805. по коме: „Ко у законским границама чини употребу свога права, не одговара за штету, која би отуда за другога настала.“ Као што се види то није ништа друго до § 806. нашег грађ. законика, а познати аустријски правник Унгер овако пише поводом нашега питања. Титулар једнога права, вели он, овлашћен је да у законским границама врши потпуно слободно своје право, па ма отуд и било штете за неко треће лице, па ма то вршење овоме и тешко падало. Тако сопственик може своју кућу подићи више и светлост и изглед суседу спречити бунар ископати и суседу воду одузети, одвратити воду са суседног земљишта на своје и т. д. Титулар једнога права по правилу је овлашћен да ово ужива на начин, какав се њему свиди, без обзира да ли је његово понашање паметно или не, морално или неморално. Вршење права не зависи од мотива који титулар при том руководе. Вршење само у законским границама је слободно, па ма другоме наносили штету, а титулару ништа не користимо, па ма мотив тога вршења био и проста жеља да се други оштети и немилосрдност, или се то право, по титулара бескорисно, а по трећега штетно, вршило тако из чисте шикане<sup>1</sup>. То исто мисли и Шерер<sup>2</sup> као и Штајнбах<sup>3</sup>.

## § 2. Злоупотреба права је забрањена и по српском грађанском законнику.

За ово друго гледиште немамо много присталица, али сама имена правника, који су га заступили, чине да питање добије карактер потпуно спорног питања. На првом месту

<sup>1</sup> „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts“, Bd. I. стр. 615—617.

<sup>2</sup> „Allgemeiner Theil des B. Gesetzbuchs“, 1897., св. I. стр. 473. в. *Ришнов*: „Тумаџ грађ. законика“, св. II. стр. 632. где и он стоји на истом гледишту.

<sup>3</sup> *loc. cit.* стр. 25.

ово гледиште брани и сам г. Аранђеловић, који је мало час цитираним једним местом из његове студије „О накнади штете“ свакако хтео да каже да наш законик нема позитивне одредбе на основу које би се шиканирање спречило; па ипак он шиканирање у праву не одобрава из простог разлога, што би је „апсурдно било“ дозволити. Говорећи о оштећењу преко половине код теретних уговора г. Аранђеловић износи како оштећено лице треба прво да се са продавцем покуша намирити вансудским путем да се не би излагали трошковима. Иначе обраћати се одмах суду без тога покушаја било би „пакосно оштећење саговорача... А у праву се шиканирање и пакосно оштећење не трпи. Још је у римском праву важило правило: *malitiis non est indulgendum*, па то има да важи и за наш грађански законик<sup>1</sup>.“ Г. Аранђеловић је то гледиште заступао још на једном месту. „Наш је законодавац, вели, сматрао да је по интересе брака, по брачну слогу корисно да муж као искуснији одобрава правне поступке женине и да је на тај начин као њен законик и природни заступник штити од поступака, који би по њену имовину, а тиме и по брак били штетни. Из овог следује да чим је јасно, да је по интересе женине корисно неки правни посао предузети, за који муж из шикане неће да даде одобрење, да га жена може и без мужевљевог одобрења предузети и тај ће посао бити пуноважан. Апсурдно би било захтевати да нпр. жена, која је од алостављања и рђавог поступка мужевљевог одбегла својим родитељима и рођацима мора од таквог мужа тражити одобрење за то да може предузети неки правни посао, којим би себи прибавила себи средства за оштанак (нпр. да ступи у службу, да закључи зајам и стави интабулацију на своје имање, да исто изла под кирију и т. д.) У конкретном случају дакле имао би суд да цени да ли је неки правни посао, који је жена без одобрења мужевљег-предузела, с погледом на прилике у којима супрузи живе, пуноважан<sup>2</sup>.“

Ово гледиште заступа и г. Ст. Максимовић. По §§ 22, 211 и 216. грађ. зак. вели он, право својине састоји се у

<sup>1</sup> „О оштећењу преко половине код теретних уговора“ (прештампано из „Вранича“), стр. 15.

<sup>2</sup> „Неколико речи о миразу, спреми и удомљењу по нашем грађ. законнику“, стр. 24.



томе, да је сваки савршени господар од својих добара, да је властан ово по својој вољи уживати или не уживати, на другога пренети или не употребити. Но све то што нам они кажују само је у принципу, јер по § 806. грађ. зак. нико не може упражњавати право својине како хоће, него мора пазити да тиме туђа права не вређа, у противном он одговара за штету у колико је другоме прекорачивши границе нанео; нпр. ако на свом земљишту подигне насипе, да ток воде наврати на земљу суседа, или кад би ко копањем на свом земљишту поткопао темељ туђе зграде и т. д.<sup>1</sup> Г. Сп. Радојичић у истом смислу вели: „Пошто правна неспособност удате жене, која је пунолетна не потиче, као код малолетника од умне незрелости и неразвијености, него поглавито од потчињенога положаја у коме се она налази према своме мужу, за све време док брак траје, то је закон и оставио једино мужу да реши: хоће ли му жена трговати и да ли ће бити трговац... закон по правилу не допушта ни самом суду да се меша у ову ствар и мимо мужа жени даје одобрења за тровање, али у случају крајње потребе, кад се нема куд, суд има право да и то учини. Само се онда сматра да постоји таква потреба, кад је удатој жени трговина остала једино начин за издржавање њено и њене породице, а муж јој је умно оболео, или некуд отумарао или јој очито из *ината и пукости не одобрава да тргује*“.<sup>2</sup> Ове последње речи смо ми сами подвукли јер ту је тежиште нашега питања и према томе мислимо да ово гледиште г. Радојичића важи у опште за вршење права пошто се он не позива ни на какву позитивну одредбу у трговачком закону већ то своје гледиште сматра као један принцип и исто тако кад је реч о вршењу других права, а не само о вршењу поменутог мужевљег права, не би дозволио да се она врше „очито из ината“ и „пукости“.<sup>3</sup>

Ми смо видели да г. А. Ђорђевић мисли да шикана по нашем закону није забрањена у приватном праву. Па ипак,

<sup>1</sup> „О ограничењу својине“, („Архив“ — књ. II. стр. 468).

<sup>2</sup> „Основи трговачког права Краљевине Србије“, стр. 30—31.

<sup>3</sup> При усменој одбрани тезе г. Радојичић нам је најавио да нисмо могли његово гледиште поводом овог једног случаја генерализовати, и да би и он пришао првим писцима, који сматрају да наш грађански законик није забрањено вршење права које једино циља да другог штети.

ако бисмо цитирали неколико његових мисли на другом месту, видимо да би и он дошао мало у противречност. На истом овом месту где је говорио о привилегијама и тврди да злоупотреба права није „основ губљења права“, ипак вели да би се привилегија могла опозвати „кад је злоупотреба таква да то општи интерес иште“ Ми мислимо да баш тај „општи интерес“ иште да се ни једно друго право не врши само у том циљу да се други штити. И ако г. Ђорђевић признаје да *општи интерес* може бити узрок губљења једнога права, зашто не и других? Сем тога и његово право гледиште не слаже се ни са једним лепим принципом, који је он на једном месту поставио, рекавши: „Лични егоизам да се уживају све користи друштвенога живота, а да се у накнаду зато са своје стране не чине исте користи и другима мора се сузбити и потчинити у општем интересу“.<sup>1</sup> Исто тако на другом месту вели: „За време трајања сваког грађанског спора парничари су дужни: да се у својим процесним радњама придржавају законских форма. При вршењу тих радњи треба да су један према другоме пред судом пристојни т. ј. да избегавају сваке вредљиве изразе, а нарочито да се не служе шиканама и да се несавесно не упуштају у вођење спора“.<sup>2</sup> Сем тога на једном месту вели: „Повреда каквог апсолутног закона не састоји се само у томе, што се ради тако, што је очевидно, непосредно противно каквом закону (*contra legem*) већ и у томе кад је радња законом забрањена тако удешена, да она по својој спољности истина није противна неком законском пропису, али у самој ствари садржи баш оно, што је истом пропису противно: другим речима кад се ради тако што, чим се закон изиграва, или обилази (*agere in fraudem legis*).“<sup>3</sup> Па ипак г. Ђорђевић је био у првом гледишту толико категоричан да овим са цитатима не немислимо сумњати у његову недоследност. Све што смо хтели то је да покажемо да би он био *у начелу* бар против злоупотребе права и да би могао бранити и ово друго гледиште ако би до краја извео сад поменути идеју да дела против закона онај који закон „изиграва или обилази“. А

<sup>1</sup> „Теорија грађанског судског поступка“, стр. 361.

<sup>2</sup> *ibid.* стр. 112.

<sup>3</sup> „Систем прив. (грађ.) права“, књ. I. св. I. стр. 84—85.



нема сумње да ко врши своје право само у циљу да другога штети у неколико изиграва § 806. грађ. зак. који је мислио да начин неодговорним за штету другог онога који врши своје право нормално (нпр. ко дојалном конкуренцијом одвуче свом суседу један део клијентеле и др.) *Non dubium est in legem committere cum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatis.*

Ми смо већ слазили у неколико са домена грађанског законика, али то је зато што је злоупотреба права могућа у свима деловима правне области, па је од интереса шта о томе мисле наши правници јер ни један други наш законик није прокламовао теорију злоупотребе права: то чинимо још и зато што је, као што се види наша литература врло сиромашна, јер смо се ослонили на неколико цитата, који су сви узгред писани. Зато ћемо изнети само неколико речи од г. Др. Б. Марковића, које се односе истина на једну правну област далеко од грађанског права. „И ако је вештак, вели г. Марковић, дужан на позив иследника или суда да предузме вештачење, по себи се разуме, да ни иследник ни суд не смеју једног вештака *шиканирати* узимајући увек једног за вештака кад их на избору има више!“. И ако се ове речи односе на кривични поступак ипак се из њих види једно руководно начело, које би г. Марковић имао у нашем питању.

Већ смо се позивали и на аустриски грађански законик, јер он може врло добро послужити као један историски елемент нашега законика пошто је наш законик рађен по угледу на њега и пошто је иста одредба његова из § 1305. пренета у наш § 806. И кад је реч о аустриском законнику познати и доста у своје време истакнути правник аустриски Винивартер дели сасвим обратно мишљење Унгери. „Само вршење оних овлашћења, што истичу из права својине не може имати места, ако оно циља једино да некога шиканира и штети, пошто се сопственик често ограничава у вршењу својих права ради добра туђег, као нпр. §§ 384, 495, 858 и т. д. Према томе јасно је: да је у *духу закона* и *природи заједничког друштвенога живота* да се сваки ограничи у вршењу својих права, ако ова имају једино за дејство да другог штете. Не може се извести отуд што правило гали-

<sup>1</sup> „О доказима у кривичном поступку“, стр 187.

циског законика (§ 255) није увето у наш закон, да оно нема више примене. Ово је очевидно изостављено само зато, што се по себи разуме и што је опште мишљење да се ово примењује и даље!“. Штубенраух такође прима ово гледиште.<sup>2</sup>

Морамо признати да се од почетка наше студије писмо нашли на тежем питању, а оно је баш и једно од она два најважнија. У колико смо се лако осећали на питању: да ли треба примити теорију злоупотребе права начелно, у толико се теже осећамо на питању: да ли је злоупотреба права допуштена по српском грађанском законнику. Ми смо видели да су гледишта подељена. И у колико би друго било моралније бранити у толико више изгледа прво да се ослања на закон и законске одредбе. Правници, који забрањују злоупотребу права и по српском законнику не чине то што би се позвали на какав пропис, као они први, већ зато што се то „по себи разуме“ и што би „апсурдно“ било дозволити да се право врши и онда кад оно има само за циљ да другога штети. А то је оно Лагаросово мишљење да има закона, који се „по себи разумеју“, то је Поршер-ово гледиште по коме има правних принципа „јачих и виших и од самих закона“ као и Жосеранова победа „духа закона над његовим текстом.“ И ми се тек сад зато обраћамо изнетоме гледишту Салансоновом и Жоберовом. Не зато да им сасвим одобримо, јер су они писали да француски законик не зна за злоупотребу права и не може се ова спречавати док се закон не промени; то нас мање интересује јер они могу и немати право, пошто француски законик, ако не забрањује злоупотребу, он је и не допушта, већ зато што су они покренули то питање о поштовању закона, па ма какви они били. А то је оно што се нас овде тиче. Из нашег законика не само да се није навела ниједна законска одредба која би забрањивала злоупотребу, већ се баш наводи обратно, која штити од одговорности сваког онога „ко би другог с тим што би право своје уживао“ штету какву нанео (§ 806.). Ако је то тачно да је ова одредба дошла баш зато, да прогласи свако вршење права за слободно без обзира на штету која се другог наноси, онда смо ми готови да се придружимо оним нашим

<sup>1</sup> loc. cit. стр. 109.

<sup>2</sup> „Comentar zum österr. bürg. Gesetzbuche“, св. II. стр. 658.



правницима из првог дела овога одељака наше тезе, јер и ми смо од оних правника, који мисле да се мора закон поштовати и чувати. Нама је искуство показало да тражимо писане законе, али их морамо и поштовати. И ако се садржина правних прописа мења са трансформацијама социјалних односа, то и закони иду са добом и временом. Законе можемо мењати, али док их не изменимо, морамо их поштовати. Ретко би правда била задовољена, ако би судије изнад и мимо писаних закона тражили принципе јаче и од самих закона. И у томе случају тачно је мишљење Есменово по коме: „Ми живимо што се тиче приватнога права под дејством писаних закона: законика грађанског и оних, који га допуњују. Кад су у питању ова права, он је тај коме треба увек прибећи. Он даје решење или непосредно или посредно, али никакво решење извучено из самих принципа не може се примити, ако је оно противно тексту<sup>1</sup>.“ Сам Јеринг вели на једном месту за шикану: „То је без интереса и у једном циљу да се други оштети вршење оних овлашћења, која посматрана сама за се правно су основана. Ова је забрањена само тамо где је закон забрањује, и само тако се, ма како то изгледало парадоксално, одржава правни поредак<sup>2</sup>.“ Иначе ће доћи дан, како рече г. Перн, да судије суде: *au-delà du code, mais sans le code*.

Па ипак ми ћемо стати на гледиште ових правника, по којима је према српском грађанском законнику забрањено вршити права једино у циљу да се други оштети. Признаћемо да је једино г. Ст. Максимовић у одбрану свога гледишта навео један законски пропис и он је дакле само од правника из ове друге групе покушао да са законом у руци спречи злоупотребу права. Његово је гледиште изнето и сувише у уском обиму и чак и не говори о актима шикане, али кад он не дозвољава да копам на свом земљишту и тако поткопам темељ куће суседове, или повратим воду на суседово имање, и ако бих од тих радњи имао користи тим пре не би их дозволио ако од њих немам *никакве* користи. Само једна је ствар врло интересантна, а то је да се г. Максимо-

<sup>1</sup> A. Esmein: „La jurisprudence et la doctrine“, (Revue trimestrielle de droit civil — 1902, стр. 5).

<sup>2</sup> „Possession“, trad. fr. Meulenaire, стр. 237—238.

вић у одбрану свога гледишта позива на § 806. — баш ону исту одредбу, на коју се позивају или могу позвати и правници да би доказали како је вршење права дозвољено без обзира на штету која за друге отуд излази, па и у циљу чисте шикане. Ту ћемо дакле да застанемо.

На основу чега бисмо ми забранили једно вршење права ако оно само циља да другог штети? С једне стране на основу *духа* самога нашег грађанског законика, а с друге и на основу његовога *текста*.

1. У духу је нашег грађанског законика да појединци врше своје право што више у складу са моралом, правдом и с обзиром на социјалне везе појединих друштава. У складу са моралом грађански законик у § 13. вели:... „што се тиче јавнога поретка и благонравија, не може се ништа заменити вољом или уговором.“ Не може дакле појединац склапати с другима уговоре противне *моралу* (благонравију). Затим у § 28. вели:... „Самовољство, сила и превара никоме не помаже.“ У складу са моралом § 539. забрањује уговоре „за труд при каквој просидби девојке и брачној погодби;“ уговоре „лекара или видача са болесником, што ће се лечења болести какве примити“; уговоре којима би „правозаступник парницу поверену прекупно опредељеном неком ценом,“ и уговор, којим би ко „наследство или испоруку (легат) још за живота онога, од кога би му припало, продао.“ У складу са моралом § 567. даје право поклонодавцу да опозове поклон, ако он, „тако осиромаша, да ни живети не може“ или би поклонопримац „велику неблагодарност спрема дародавца“ показао. Морални је такође захтев био да се постави законски интерес на „6 на сто“, а да уговорени не може бити већи од „12 на сто“ § 601. грађ. зак: као и то да се „интерес (лихва) на интерес не може“ у напред уговорити — § 603. И ово је само неколико примера. Све су законске одредбе даље сагласане са моралом.

С обзиром на социјалне везе једног друштва § 341 вели: „Закон ограничава права сопствености чије само у оном случају, кад други своје добро или сасвим или од чести употребити не би могао.“ По том истом законском члану морам пропустити суседа преко мог имања ако он „на њиву своју не може другојачије доћи.“

2. Што се тиче законског текста ми мислимо да нема



ни једне законске одредбе, која би дозвољавала свако вршење права, па и ово које само циља да другога оштети, већ обратило да је такво вршење права баш забрањено. Тако је и морало бити. Када је рађен аустријски грађански законик није се било раскинуло са свом традицијом, која се, као какав математички закон, преноси с колена на колена, из законика у законик. А тада је аустријски законодавац имао у рукама римско законодавство, пруски грађански законик и законик грађански за западну Галицију, који помиње Винивартер. У римском праву је шикана била забрањена, исто тако и у пруском и галицијском. Забрана злоупотребе права била је један захтев моралне свести, зашто би се онда она дозволила? Наш је пак законик једна непотпуна копија аустријског и према томе један исти морални дах, који је задахнуо римско законодавство, па пруско и галицијско, задахнуо је и аустријско, па преко њега и наше. И збоља злоупотребу права својине забранио је мало час поменути § 341. грађ. зак. Јер по њему нико не може своје право својине уживати, ако би тиме спречио другога да своје добро „или сасвим или од чести“ употребити не би могао. Ко подиже грађевине само да би суседу закљонио светлост, кога јама само да би му пресекао извор и т. д. тај спречава суседа да ужива своје право „или сасвим или од чести“. Такво је дакле вршење права забрањено једним изричним законским текстом. И та је законска одредба и имала једини циљ да спречи шиканирање међ суседима. Она је морала имати тај циљ или никакав други иначе. Заиста ако се § 341. не протумачи тако, онда он не значи ништа. Претпоставимо да ја подигнем једну зграду и њоме закљоним суседу светлост. Сусед мене тужи да му поменутом зградом заклањам светлост на собним прозорима и тако му сметам да од „чести“ ужива своје право својине. Али ако се мени поруши зграда због слободног доласка светлости његовим прозорима, зар и ја њега не бих могао тужити што он опет уживајући своје право својине смета мени да од „чести“ уживам моје право својине — слободног подизања грађевина на мом имању? Ко коме смета сад да „од чести“ ужива своје право својине? Обојица један другоме. И томе нема лека у § 341. грађ. зак. зато што обе стране имају интереса од вршења свога права. Али ако замислимо да мени подигнута грађевина ни најмање

није потребна и ако се докаже да сам је ја подигао само у циљу да суседу закљоним светлост, онда би ме могао сусед тужити на осн. § 341. да му сметам „од чести“ у уживању права својине, али ја не бих могао њега тужити јер од вршења свога права немам никакве користи, а њега штетим. Кад се дакле § 341. овако протумачи онда он казује нешто, ако се он мисли применити на онај предходни пример и када нема шикане, онда он не казује ништа. Како пак ни једна се законска одредба не сме тумачити на тај начин да не казује ништа, то је остало да се она протумачи онако како ми мислимо. Истина све то није јасно у закону и много би боље било кад би идеја била много јасније изражена.

Али у колико би § 341. био још и нејасан у толико нам § 806. изгледа јаснији. У овоме § 806. главно је тежиште целога питања и ми мислимо да је он баш изрично забранио шиканирање. Морамо га поново цитирати. „Ко би другоме с тим што право своје уживао, само ако границе не прекорачи, штету какву нанесе, није дужан одговарати, нити му накнадити.“ Кад би ова одредба гласила: „Ко би другоме с тим што би право своје уживао штету какву нанесе, није дужан одговарати, нити му накнадити“, онда би то било исто оно што и римска одредба: *qui suo iure utitur neminem loedit*. Па како је у римском праву постојало нарочито засебно правило за случај шикане: *malitiis non est indulgendum* према којем горња одредба није важила ако би неко вршио своје право само у пакосном циљу, а те наредбе нема у српском законнику, онда би § 806. штитио свако вршење права, па и случај шикане. Али пошто у нашем § 806, има онај део „само ако границе не прекорачи“, чега *нема* у римском правилу *nemo damnus facit...* и т. д. то значи да је тим додатком наш § 806. спојио у себи *оба* поменута римска правила: *nemo damnus facit...* и *malitiis non est indulgendum*. Законске дакле речи „само ако границе не прекорачи“ значе да вршење права може прећи извесну меру *нормалне* примене (*exagerer*), а те се границе не смеју прећи. Да се добро разумемо. Право је наше овај круг у коме смо ми слободни кретати се. Он као такав има своју границу, своју периферију. Кад узмемо тај круг пре забране злоупотребе права, онда, да је закон хтео рећи да је свако вршење права слободно док се човек креће у том кругу и не пређе његове



*границе*, онда он не би могао гласити овако: „Ко другоме е тим што би право своје уживао, *само ако границе не прекорачи*“... јер би изгледало као да се може вршити право *и кад се границе пређу*. Ко пређе границе тога круга, тај не врши своје *право*, јер он врши право само док је у кругу својих власти. Да је дакле закон мислио да санкционише свако вршење права, па и оно које само циља да другога штети, онда би § 806. био потпуно и логичан само без оног додатка „само ако границе не прекорачи“ — са овим додатком, а да изведе ту мисао, он би био потпуно нелогичан, јер нико не може вршити своје право и кад границе прекорачи. Тако је дакле § 806. заштитно вршење права, ако оно штети другога, али само док се оно врши на један нормалан начин, као што нпр. ја не одговарам за штету раднику, којег сам о року отпустио, а он је остао без посла; али не и онда ако се пређу границе његове *нормалне* примене, а то је један критеријум злоупотребе мало шири истина од критеријума немачког законодавца, али га свакако обухвата у себи. То је критеријум од прилике приближан швајцарском грађанском законнику.

Сем тога протумачен § 806. тако да он просто санкционише неодговорност титулара права при уживању овога, био би потпуно излишан. Јер § 27. већ је казао: „што је чије, онај има право и да располаже с оним;“ § 31: „Ко другоме штету причини, дужан је зато накнаду учинити“, а § 800: „Ко другоме штету какву учини, било то на имању туђем или правима и личности, онај мора ту накнадити.“ Дакле по овим одредбама свако може слободно своје право уживати, докле год не учини штету „другоме“ т. ј. *правима туђим*, а туђа права почињу тамо где се наша свршавају. Значи да је већ речено и у генералним и специјалним одредбама да нико не одговара докле своје право врши, зашто би то исто понављао и § 806?

Ово наше тумачење важи и за 1805. аустриског грађанског законика.

Овако наше тумачење мора се дозволити јер се види колико је захтев да се спречи вршење права само у циљу нашошења штете другоме, захтев наше моралне свести пошто су га наши правници признали као један принцип, јачи и виши и од самога закона тако да га ни сам закон не може уништити.

## ПОДЕЈАК

### Судска пракса.

#### § 1. Службеност једнога пута.<sup>1</sup>

Тужилац Петар тражио је код првостепеног суда да Станко напусти службени пут испред саме куће његове (Петрове), којим гони стоку, тера кола и т. д. да се не би десила каква несрећа, пошто му се сваки час деца налазе пред кућом, а зато му је само за 10—15 метара даље уступао други пут, који је како вели још „подеснији и згоднији“ за туженог Станка од старог пута, који је у спору. Обратио је се суду тек пошто је прво покушао Станка да вансудским путем склони на ту промену. Првостепени суд налази: да тужени Станко има право службености пута поред куће Петрове, јер му овај то право признаје (§ 180. грађ. суд. пост). Међутим како је по § 332. грађ. суд. пост. свака службеност по својој природи везана за ствар које право сопствености ограничава, она је везана за повласно добро тако да и променом господара повласног и службеног добра не престаје већ прелазе и на нове господаре. Станко дакле има право службености пута, па како он не пристаје да службеност спорног пута замени другим путем, који му тужилац нуди, то је и тражење тужичево неумесно и недоказано (§ 178. грађ. суд. пост.) Стога се он има од тога тражења „одбити као од тражења неумесног и недоказаног“.

<sup>1</sup> Не можемо да пропустимо прилику да не изјавимо жаљење што се одлуке наших судова не публикују — нарочито одлуке Касационог Суда. Леп пријем на који је нашао грађански законик у издању г. Г. Никетића сведочи колико је правницима потребно да имају у рукама судске пресуде. Доктрина и пракса морају стално стајати у вези. „Таквим радом, вели г. В. Насторовић, не само да се долази до једног и од стране правне теорије и од стране судске праксе утврђеног председана за решавање будућих спорова исте врте, него се у исто време најмаркантије указује на празнине и недостатке законских наређења, те се на тај начин добија и пречишћени материјал за тако дуго ишчекивану прераду нашег застарелог и непотпуног законодавства.“ („Правне расправе и чланака“, 2. над. — предговор). Ми можемо само додати да жалимо што нам овај одељак није још већи. Али се надамо да нам се рад на овом пољу неће ту зауставити.

<sup>1</sup> Врање, 29. марта 1911. год. бр. 8490.



На изјављену жалбу тужичеву Апелациони суд је нашао: „да је пресуда првостепеног суда на закону основана“ зато је на основу § 317. грађ. суд. пост. одобрава.<sup>1</sup>

Касација је пак поништила ову пресуду са ових разлога: „Основни принцип, у питању службености, садржи се у § 343. грађ. зак. по коме службеност на непокретним добрима није никаква нарочита обавеза већ само *допуштање* да неко други на имању има извесно право. У овом случају тврди се да тужени има право да преко имања тужичевог прелази колима и стоком, односно да тужилац мора допустити тај прелаз. Тужилац одиста и признаје то право туженом али тражи да тај прелаз не буде баш поред врата његове куће, јер му чини немогућним уживање куће. Ценећи овај захтев тужиоца суд је требао да се држи напред поменутог руководног принципа и да је тако учинио, он би дошао до закључка: да ово тражење не ништи ни принцип „допуштања“ прелази преко имања тужичевог да прелази баш преко истог имања, преко кога је и до сада прелазио.

Сем тога суд је пропустио узети у обзир и несумњиви факат да служење добро и ако има да служи, није у том погледу законом ограничено толико да сопственик господарећег добра (овде тужени) може то своје право произвољно вршити тако, да тиме штети служење добро и изван пута, који му се допушта. А тај факат овде постоји, јер је кад је и уговором туженог утврђено да он пролази и колима и стоком покрај саме куће туженога, онда је суд погрешно навео да тужилац није своје наводе доказао, јер да стока у пролазу може чинити знаке штете какве се у тужби спомињу исторично је познато што не треба нарочито доказивати. Сем тога тужени не наведи ни један озбиљан разлог из кога би се видело да би му било немогуће пролазити преко имања тужичевог по предлогу тужичевог. Према томе суд није имао законског ослонаца навести у својој пресуди да је тражење тужичево остало недоказано, јер ако му напред изнети наводи нису били довољни, онда ствар није требало оставити неизвиђену, него извршити увиђај на лицу места и по том изрећи пресуду<sup>2</sup>.“

<sup>1</sup> Апелација, 6. маја 1911. бр. 2522.

<sup>2</sup> Касација III. одељ. 3. авг. 1911. бр. 8539.

Апелациони суд дао је противразлоге. И они гласе: „Овде није у спору само право службености пролаза, које имање тужичево дугује имању туженога те да би се оно имало пресудом утврђивати; то право тужилац признаје имању туженога. Овде је у спору само садање *лежиште* тога службеног пута чије измештање тражи тужилац, на другу страну овога имања. За правилну оцену овога питања треба имати на уму то, да тужилац не пориче навог туженог да је његово имање стекло право, да се за пролаз колима, стоком и пешице преко имања тужичевог служи баш тим путем, који пролази непосредно поред куће тужичевог него шта више потврђује и то да је ово лежиште службености туженога утврђено по споразуму њиховом приликом преграђивања њихових заједничких плацева и да је тужени по том основу и од пре 8 година своје право на истом лежишту упражњавао. Овакво признање тужичево наноси споразум-уговор између њега и туженога као правни основ праву службености туженога и тачно обележио лежиште на имању тужичевог. Службеност, која је за какву ствар везана, остаје постојана, а даје право господару њеном да је искоришћује онако, онолико и овде, како је и где конституисана. Она се по § 346. грађ. зак. не може по једностраној вољи од ствари оделити нити на другу страну или друго лице пренети. Таква службеност се сматра за неразделјиву, јер се то право, које неко на служећој ствари има не може ни преиначити, ни поделити

И спорна службеност туженог на имању тужичевог као стварна и ако је теретна за тужиоца као и свако друго ограничење права својине, не може се по једностраној вољи тужичевој премештати на другу страну без обзира: да ли ће угодност за туженог бити иста или не, јер се овакви једностранни захтеви тужичеви противе изричном наређењу поменутог § 346. и §§ 19. и 20. грађ. зак. пошто тужиоц и не наводи а још мање доказује који случај законски где се и против воље тужени по сили изричног законског наређења може лишити овога права. Тужбено тражење нема ослонаца ни у онаквом екстензивном тумачењу § 343. грађ. зак. у примедбама Касационог суда, јер ово наређење законско, које упућује суд само у том правцу, да је при суђењу о стварним службеностима, које леже на имању, дужност господара служећег одбора: допустити господару службености да ово пра-



во на имању упражњава, не проширује се и на какву радњу или нерадњу његову, што би иначе као сапственик у својој ствари могао чинити. Овде није у спору никаква дужност тужпочева да штогод чини или не чини у корист туженога већ ограничавање права туженога, које му је санкционирано — § 346. грађ. зак. Најзад тужиоц и не износи да је тужени уживајући право службености прекорачно овлашћење које му оваква службеност даје, нити даје повредио оно допуштање тужпочево као господара служећег добра, које спорна службеност садржи. Тужилац тврди само да му је негодна службеност туженога на месту на коме постоји, али таква негодност не даје право тужиоцу на једнострано измењивање лежишта пролаза по наведеном § 346. грађ. зак.<sup>1</sup>

Пошто је тако ствар морала доћи пред Општу седницу Касационог суда, овај је решио: да су противразлози Апелационог суда саобразни закону и одбацујући примедбе свог III одељења огласио је пресуду првостепеног суда за снажну.<sup>2</sup>

Ако резимишемо разлоге за овакво решење спора, онда они излазе на ово:

1. Станко има право на спорни пут и то му тужилац не спори, дакле његово је право доказано — § 178. грађ. суд пост.

2. Првостепени је суд даље тврдио да тужилац ничим не доказује да је пут, који он туженоме уступа, подеснији од првога пута и да му прелаз преко овога наноси штету.

3. Службеност једном конституисана по § 332. грађ. зак. „везана је за ствар“ и не може се вољом само једне стране уклонити, већ остаје „постојана“ како вели § 346. грађ. зак.

4. Затим како се може натерати неко да се одрекне свога права, кад § 20. грађ. зак. вели Апелација, само онда нагони некога да се свога права одрекне ако постоји „случај нужде или особите опште народне потребе“, само у том случају неко ће бити дужан да своје добро уступи, иначе „што је за једнога право, мора и за другога право бити“ — § 19. грађ. зак.

Треће одељење Касационог суда је опет навело ово:

1. Садржина је овога права службености пута т. ј. главни је његов циљ само *допуштење* прелаза преко имања тужичевог, и када се то признаје туженом, али се само тражи да тај прелаз буде мало даље, онда се не вређа толико само право туженог у његовој суштини.

2. Тужени нема ни један *озбиљан разлог* да се не може служити другим путем, па је према томе требао да га прими.

3. Ако за суд није довољна изјава тужичева да други пут није незгоднији од првога, он је могао и требао да нареди *увиђај*.

4. Право службености пута најзад не може бити толико пространо да штети тужиоца и ван пута, а то се чини са прогоном стоке и кола.

Ова одлука трећег одељења Касационог суда потпуно нас задовољава. Она се своди на крају у ред ових одлука француских судова: шиканирање и пакосно оштећење другог не може се дозволити. То захтева правда и морал нашега доба. То забрањује и наш грађански законик. Прва је дужност првостепеног суда била да учини увиђај и да се увери да други пут није незгоднији од првога. То је он морао учинити ако хоће да тужиоц може своје наводе доказати. Нама изгледа смешно када је првостепени суд одбије тужбу и тражење као „недоказано“, јер није ваљда тужилац могао донети своје имање пред суд да му показује путеве! Суд је то могао учинити на лицу места. Ми смо видели да се пресуде у Француској увек почињу речима: „Пошто је увиђајем констатовано и т. д.“ И када се докаже да други пут није ништа незгоднији од првога, у шта ми верујемо јер се удаљава од првог само за десетак метара и јер тужени није навео ни један разлог да му је други пут неподесан, а то је баш његова била дужност да докаже, онда значи да он врши своје право само у циљу да шиканира и пакосно штети другог. *Malitii non est indulgendum*. Треба ли поново то да доказујемо? Апелациони суд вели да Станко има право на пут и само је он господар свога права. Да он има право на пут, у то се не сумња, али његово се право на пут не ништи — даје му се други. Рећи ће се да он има право баш на *тај пут* а службеност је везана за ствар. Али службеност остаје везана за послужно добро и даље, а он има право да тај пут, који је у спору, само догле докле не пређе

<sup>1</sup> Апелација. 19. авг. 1911. бр. 4118.

<sup>2</sup> Касација. 5. окт. 1911. бр. 12 336.



вршење тога права у шिकाњирање. Ту пак престају сва права, па према томе и његово право на тај пут — § 806. грађ. зак. Касационо одељење с правом је нашло да титулар службености врши своје право без икаквих „озбиљних разлога“ (*motif legitime* француских судова). Одељење ово је добро запазило да се право службености пута тиче само допуштања прелаза и кад то допуштање и даље остаје, па се без икаквих озбиљних разлога не прима само друго његово лежиште, онда је вршење права изгубило свој први циљ, оно је постало ненормално, антисоцијално, а то је противно и духу и тексту нашега законика. Нећемо се враћати натраг да то поново доказујемо. Нашим досадашњим радом дали смо довољно материјала свакоме суду, који би као треће одељење Касационог суда правилно схватио и пресуђивао ове спорове. Шта да тек кажемо о општој одлуци Касационог суда, која је питање решила коначно и на жалост погрешно? Ако би се у будуће водило више рачуна о моралу и правди тај би се правац суђења могао поправити. Никад није доцкап сејати мир око себе, а у судским рукама је један по већи део те моћи.

## § 2. Службеност једнога прозора.

Коста је тужио Јелисавету тражећи да ова поруши грађевине на свом земљишту, које је подигла само да би му законила светлост, коју он добија кроз прозор, што гледа на њено имање. „Овај прозор, вели он у тужби, постоји на кући више од 30 година. Последњих дана (месеца јуна) свакако рђаво научена, покушала је да ме на један врло прост начин лиши овога права: стала је баш уз прозор моје куће подизати неку грађевину, која би потпуно уништила право службености овога прозора. Да бих сачувао своје право, које постоји, обратио сам се полицијској власти са захтевом, да ова заштити стање које постоји, управо право службености прозора, наредбом: да Јелисавета не сме предузимати никакву радњу која би могла сметати уживању права службености, које има прозор на мојој кући. Решењем својим од 1. јуна 1909. год. бр. 5929. кварт дорхолски одлучио је по моме тражењу, али ме је у исто време упутио: да путем спора докажем право службености овога прозора. Пошто ми Јелисавета не признаје то право, тужим је суду и молим да

суд пресудом утврди да ова службеност прозора конституисана у корист моју постоји као терет на имању тужене и да господар тога имања не сме на свом добру предузимати никакву радњу, која би тиме моме праву могла ма у чему удити.“

Биће нам потребно да изнесемо у кратко и решење полицијско о забрани зидања поменуте грађевине. По том решењу се види да је Коста тужио Јелисавету што подиже *шупу* уз његов прозор и тиме му одузима светлост, а Јелисавета је опет изјавила да је хтела да подигне *ладњак*, али је престала зидање док не добије одобрење од грађевинског одељења. Полиција је увиђајем утврдила да осим овога прозора нема више на соби прозора и да светлост за ову собу улази „само кроз овај прозор“, да су ударена четири директа за подизање шупе, која ако се подигне, онда би „соба била потпуно мрачна.“ Па како је полицијска власт позвана да штити права која постоје, а сведоцима је утврђено да Костин прозор постоји више од 40 година, то наређује да се зидање обустави док се спор код суда не расправи, а Коста је упућен да поведе спор.<sup>1</sup>

Како Јелисавета не признаје тражење тужиоца, суд је наредио увиђај. Увиђај гласи: „Да се на плацу у улици... налази једносратна зграда, која се граничи имањем тужене; да је на истој згради, а према страни тужене један прозор 70 см. широк, а 1,10 м. висок: да је овај прозор издигнут изнад земљишта тужене за 1,25 м., да се на земљишту тужене налази ново подигнута грађевина, која сада служи као магацин удаљен од тужиоцеве куће за 1 м. Кроз спорни прозор добија се светлост од стране имања тужене. Кад би се на имању тужене подигла грађевина уз сам зид, која би потпуно затворила овај прозор, онда би тужиоц са те стране потпуно изгубио светлост. Сем спорног прозора тужиоцева соба има још један прозор величине 70 см. и 1,10 м. висине, кроз који долази светлост из дворишта тужиоцевог. Кад би се спорни прозор затворио, соба тужиоцева не би добијала кроз овај прозор толико светлости, колико грађевински закон предвиђа, али би се ова законска светлост могла накнадити кад би се овај један прозор из дворишта (тужиоца) проширио. Да ли

<sup>1</sup> Кварт дорхолски. 1. јуна 1909. гр. 5929.



би тужнотева соба проширивањем овог другог прозора добила онолику светлост, колико губи затварањем спорног прозора, не може се одговарати с тога, што је то ствар нарочитог испитивања са нарочитим инструментима\*.

Споредна је мало ствар, али је интересантно по правосуђе у Србији да се упореде ова два „увиђаја“. По полицијском увиђају на соби нема више до један прозор и да би соба његовим затварањем била потпуно мрачна. По судском увиђају на соби има два прозора. Ми не можемо да верујемо да би се суд пустио толико ниско да пише своје увиђаје на памет, али је жалосно ако је то радила полиција. Кад човек иначе чита полицијски „увиђај“ у коме се нише детаљно да су у дворашту пободена 4 дирека „висине 2,60 м. а на дужини 9,50 м.“ онда би још веровао да су ови људи тамо били и збиља нешто и видели.

Тужена је пак навела у својој одбрани да по § 211. грађ. зак. сопственик може својим имањем располагати како хоће, па је према томе она могла на свом имању подизати зграду без обзира на прозор тужнотев. По § 214. грађ. зак. ограничење права сопствености мора се доказати, а то тужилац није доказао. Нема места позивању тужилачке стране на застарелост јер по § 934. грађ. зак. кад ће ко и како своје имање употребити, изван застарелости је. Своје имање она је примила од општине, пошто је ту било општинско сокаче, али без икаквих терета и ограничења. И за ту службу одговорна је тужилачкој страни општина, а не тужена. Поднела је оверен препис тапије од те куповине.

Првостепени суд овако је пресудио спор: „Сведоцбom сведока Ђ. П. и Ф. који су на суду сведочили да спорни прозор на тужнотевој згради постоји од пре 25 година, доказано је да тужилачка страна ужива службу од спорног прозора 25 год. — § 213. грађ. суд. пост. Службеност се поред осталих начина, може прибавити путем застарелости — § 340. грађ. зак. Па како тужилац према сведоцбама испитаних све док ужива службу од спорног прозора више од 25 година то је он и путем застарелости задобио право службености на спорни прозор — § 929. грађ. зак. Према свему овоме право службености тужилачке стране на спорни прозор несумњиво је. Вештачким увиђајем међутим утврђено је, да је новопо-  
дигнутом зградом туженога, умањена светлост коју тужилац

за своју зграду кроз спорни прозор добија, и да тужилац са стране од имања туженог остаје без икакве светлости кад би тужени подигао зграду уза сам зид свога имања. Ово вештачко мишљење меродавно је за суд — § 236 и 246. грађ. суд. пост. Како пак тужилачка страна ужива право службености спорног прозора, то тужена страна на свом имању не може и не сме ништа предузети што би тужиоцу светлост одузело — § 327. тач. 10. грађ. зак. Према овоме тужилац има право на спорни прозор и тужена страна не може на свом имању подизати зграду, која би одузела светлост тужиоцу. Стога се има тужиоцу право службености признати, а туженој забрањити подизање спорне зграде<sup>1</sup>.“

По изјављеном незадовољству, Апелација је наредила извесно дослеђење. У незадовољству које је упућено Апелацијоном суду вели се: „Ни једна од оних службености у § 337 на које се наслонила ова пресуда, од броја 8 до 12 не може се по застарелости прибавити. Те службености говоре то и самом својом природом, да се застарелости не могу прибавити, а тако њину природу сувише признаје и наведени § 934. грађ. зак. На прилику т. 8 тога §-а гласи: „...да ја због угодности другога... немам власти кућу моју на више подићи.“ Ту стоји и разуме се свуда и: коме то право припада. По правној логици нашега престоничкога су то значи: ако сам ја за 24ј год. имао на својој кући један кат, да онда ту кућу не могу даћи на два ката, ако се томе мој сусе по каквој *угодности* противи; што нпр. са прозора своје куће не би онда могао преко моје куће гледати у какву шуму или што друго. То је исто и са тачкама 9, 10, 11, 12. Такве службености да би се прибавиле и да би суседно добро ограничавале и везивале, могу бити само *уговорне*. Само тај основ може бити довољан, на који се застарелост може наслопити (§ 927. грађ. зак.). Ово доведе довољно је да покаже да ова пресуда не одговара закону. Али да наведем још нешто. Службености у §§ 336 и 337 грађ. зак. пореклом су из римскога права. Нама су дошле кроз аустријски законик од §§ 475. и 476. тога закона. *Наши § 336. је аустријски 475. а наш § 337, је аустријски 476.* Наши §§ 349 и 350 то је разломљен § 488. аустријски. На свом месту да се уз ове §§ види још шта су рекли о овом послу и људи који су о праву и о овом послу књиге писали. Од

<sup>1</sup> Суд вароши Београда. 7. децем. 1910. бр. 46.947.



учитеља римског права Вагнеров је ово питање највише претресао и он о њему води ово: „Изузимајући службености прозора у туђем или у заједничком зиду, вреде иначе за прозор обични основи о својини; и као год дакле, што ја имам право да у свом зиду прозор отворим, тако и мој сусед има право да чиме хоће изглед мојих прозора спречи.“ Од објасни-лаца аустриског законика, познати објаснилац Штубенраух каже у свом делу о томе закону (у коме се такође, као и у нашем законнику, о прозору у своје зиду ништа не говори) код § 488. ово: „Сваки сопственик, већ као и такав, има право да у своје зиду отвори прозор, макар да је његову суседу неугодно што ће тај прозор имати изглед у његову авлију, башту и т. д. Али ово право *нема застарелост* (§ 1459)“. А тај § 1495 који Штубенраух наводи и на коме своје разлагање оснива, то је наш § 934 у коме тако исто стоји, да нема застарелости на то да ко *своје добро овако или онако употреби*. Пресуда је погрешно цитирала и вештачки увиђај: Јер по овоме што је вештачењем утврђено: тужноцу и није неопходно потребан спорни прозор на своју авлију и отуда добити потребну светлост.“ При дослеђењу Коста је најавио суду да је порушио зграду са спорним прозором и тако је спор постао беспредметан.

Као што видимо спор је био интересантан. Првостепени је суд био у једној огромној заблуди. Ја могу на својој кући отворити прозор, то је вршење мога права својине — § 211 грађ. зак; али сусед може опет на свом имању подићи грађевине, куће, па ми спречити светлост на прозорима, то је опет вршење његовог права својине — § 211. Нити ја могу суседу забранити зидање на његовом имању, што то мени смета нити он може мени забранити да отварам прозоре што то њему смета. Само је зато законом дата могућност да узјамним службеношћима један другом вршења права ограничавамо. Дакле може постојати право службености у корист моје куће на имању мог суседа — § 337. т. 1. грађ. зак. Али да то право имам треба да је службеност на извршан начин, стечена, па како се службености могу и застарелосту прибавити (§ 340 грађ. зак.), то се и та службеност прозора може прибавити застарелосту. Ту се не слажемо са мишљењем изнетим у незадовољству. Ево како. Замислимо

да лице А. купи имање од В. и у исто време обећа мени право да примам светлост кроз прозор који гледа на његово имање, па ту службеност и упишемо у књиге за то уређене (баштинске књиге). После неког времена се покаже да имање није било лица В. већ некога другог; дакле он је био продао туђе имање што А. није знао. Суд нареди да се имање врати његовом сопственику. Лице А. пошто није било сопственик купљеног имања јер га није купило од сопственика, а није га још било прибавило застарелосту, пошто је тужен за повраћај пре законског рока, није могло конституисати службеност у моју корист поменутиим уговором. Али прави сопственик рецимо не протестује против ове службености и пусти да прође 10 година и ако је тај терет уписан на његово имање, ја сам онда право службеност прозора стекао *застарелосту*. Као што се види те службености се могу стицати и застарелосту а не само уговором, као што се мисли у незадовољству. Али овде је важно то да сам ја за тих десет година био потпуно *савестан*, т. ј. за све то време ја сам мислио да имам *право* на прозор јер ја не морам знати зашто је имање сад у рукама неког другог, а не лица А, који ми је конституисао службеност. Па чак и ако сам знао да је имање враћено правом сопственику и да онај, који ми је службеност уступио, није био сопственик, ипак ја сам мислио да против те службености нема ништа прави сопственик пошто не протестује и не тражи скидање тога терета са свог имања. То тражи § 926. грађ. зак. који вели: „Застарелосту се само онај користити може... и то држаће да је законом, поштено и чисто од сваког лукавства и преваре.“ То је већ друга ствар. У нашем спору Коста није могао стећи застарелосту право службености кад је кроз све 24 године знао да он ни по чему нема право спречити суседа да подиже грађевине, којима би му светлост одузео, па чим прође тих 24 године, онда одједном постало право! Како би још то било! Кад би се тај систем усвојио онда каквих све не би било последица. Ја нпр. 24 године прелазим преко имања мог суседа који ме пушта од добре воље, па чим прође 24 године ја онда имам већ право на тај пут, да ми не може више пролази спречити. Код застарелости је битно да се има неког основа за стицање једног права и да је вршење тога права „поштено“ т. ј. да се за све време закон-



ско мисли да се има право као што смо ми навели један пример. Иначе, зар ако ја нпр. нисам на свом плацу подигао кућу за читавих 24 године ја је не смем ни подићи чим би тиме суседу светлост на прозору заклонио, пошто би ми то право застарело? Или нпр. ако 24 године кишница са моје стрехе пада на суседово земљиште кроз олукe, коју он употребљава, онда после 24 године ја више не смем те олукe окренути у своје двориште и да се служим сам својом водом, јер би ми то право застарело и т. д. Колико погрешна решења!

Коста дакле није прибавио никакво право службености прозора нити може спречити суседа да му зидањем затвори прозоре, зато што нема никаквог законског основа за стицање тога права. Застарелост, на коју се једино мислило није му могла то право створити јер је он знао за све време да нема право спречити суседа да подиже грађевине на свом имању. Још нешто. Чак и да је на неки начин он имао право те службености док је имање било општинско сокаче, он га нема више кад је Јелисавета купила имање од општине, јер она је купила имање чисто и без икаквих терета и како ви хоћете да једно имање које сам купио без терета после трпи те терете? Службеност та би морала бити уписана да би следовала и на купца послужног добра (изузев да је то нека природна службеност, установљена самим законом; нпр. прелаз преко једне земље за друго имање, кад се нема другог пута). У незадовољству се дакле погрешно мисли да се ове службености не могу застарелошћу прибавити, у судској пресуди опет погрешно да је право службености стечено застарелошћу. Па ипак ми би смо изгледа донели исту пресуду, само би нам требали још извесни податци, али по једном другом основу. Не бисмо спречили зидање зграде Јелисавети, зато што Коста има право службености прозора, већ зато што се непоштење и пакост у праву не трпи. Ни једно право, па ни то право зидање грађевина не бисмо допустили да се врши ако оно има за циљ само да другога штети. Право није нешто чему се тежи, већ је оно средство, којим се иде једном циљу, и ако се то право одвоји од свога циља, ствараће се само „социјална опасност; оно не може ићи против свога циља, као што једна струја водена не може се петити своје извору<sup>1</sup>.“ А изгледа нам да

<sup>1</sup> Jossierand: los crh. стр. 69.

је само тако Јелисавета вршила своје право. У тужби се вели да је она на то „рђаво научена“, она је изјавила да хоће да зида „ладњак“, док у полицијском решењу се вели да се зида нека „шупа“, а у судском увиђају да је то „магацин“. Нас би интересовале побуде и циљ тога зидања и да се то мало више испита изгледа да би се дошло до закључка да је подизање те шупе било без другог циља до да суседа оштети, а тада би се могла довести иста пресуда са простог разлога: *malitii non est indulgendum*. Пада дакле у очи како би ова врста суђења помогла у многим случајевима и како би се упростио начин да се шиканирање забрањује под другим видом. Јер вероватно је и суд видео у акту Јелисавете само шиканирање, па да не би дозволио ту неправду он је покушао другим путем да то спречи. Али је тај пут био врло рђав. Јер по њему и да је Јелисавета почела на том месту издати кућу за становање, то не би могла чинити пошто се јавно Коста са службеношћу прозора, терет на њеном имању о коме она појма није имала.

### § 3. Оправка куће са стране туђег имања.

Јован је подигао кућу, али је с једне стране није могао омалтерисати док не пређе на имање суседа Саве. Овај му пак није хтео дозволити, те је с тога Јован тужио Саву суду тражећи да му су досуди службеност да може са Савиног имања кућу своју оправити. Првостепени суд прокупачки одбио је тражење као неумесно из ових разлога: „Тужилац тражи да му суд досуди право службености да може са плаца туженога своју кућу омалтерисати. По правилу према § 214 грађ. зак. ограниченост права сопствености се не предпоставља, а изузетно по § 314 грађ. зак. ограничава право сопствености чије само у оном случају кад други своје добро или сасвим или од чести не би могао употребити. Овде тужилац сам признаје — 180. грађ. суд. пост. да може своју кућу употребити сасвим, но само да је не може омалтерисати са стране туженога што није добра употреба куће, дакле не стоји случај наведен из § 341. грађ. зак. на који се тужилац позива већ само то да не може са једне стране и то са стране туженога да своје добро — кућу улепша, што није законски узрок за тражење службености пошто тужилац своје добро може сасвим употребити, па стога се



од сваког тражења као неумесног има одбити<sup>1</sup>.“ Један је судија издвојио мишљење.

Апелациони суд је нашао да је ова прасуда на закону основана<sup>2</sup>. На изјављену жалбу II. одељење Касационог суда поништило је ову пресуду из ових разлога: „Кад је актима ислеђења и самим признањем туженога доказано да тужилац иужну оправку своје куће није у стању на други начин извршити већ једино са стране плаца туженога, а како је по § 341. грађ. зак. право сопствености ограничено у случају кад други своје добро не би могао употребити без права службенисти на туђем имању као што је овде случај са парничним странама, то је онда Апелациони суд погрешно што је тужиоца од овога тражење одбио<sup>3</sup>“. Апелациони суд је остао при првој својој одлуци дајући своје противразлоге: „Не стоји то да тужилац не може своју кућу ни сасвим ни од чести употребити. Ово у толико пре, што тужилац тужбом својом и не тражи да му се не чине сметње у употреби његова добра нити да му се такве сметње отклоне; не тражи да се користи туђим имањем у циљу *одржавања* свог имања, а што није предвиђено горњим законским прописом који једино говоре о кућевним службеницима<sup>4</sup>“. Касациони суд на својој општој седници је нашао да су примедбе његовог II. одељења основане на закону и ништи пресуду првостепеног суда као и противразлоге Апелационог суда<sup>5</sup>.

Мислимо да према целом досадањем нашем писању није потребно ни да напомињемо да смо са овом одлуком опште седнице потпуно задовољни. Када тужени не дозвољава свом суседу да са његовог имања поправи кућу и ако га то ништа не штети, онда он врши своје право својине само и једино у циљу да суседа штети и да га шиканира. Туженог Саву требало је натерати да суседу дозволи приступ на његово земљиште ради оправке куће и то је Касациони суд и учинио. Али оно што је за нас важно то је да суд није шиканирање у овом случају забранио зато што би то било „апсурдно дозволити“, већ на основу изричнога законског тек-

<sup>1</sup> Прокупље, 22. нов. 1896. бр. 9800.

<sup>2</sup> Апелација, 23. акт. 1896. бр. 2893.

<sup>3</sup> Касација, 7. авг. 1897. бр. 11045.

<sup>4</sup> Апелација, 21. авг. 1897. бр. 23.73.

<sup>5</sup> Касација, 6. септ. 1897. бр. 5649.

ста — на основу § 341. грађ. зак. Ми смо се на своме месту трудили да докажемо како је овај § 341. једино и допет у циљу да се спречи злоупотреба права својине. Са овом овом одлуком Касационог суда наше тврђење добија још једну врло солидну и јаку подлогу.

\*

Да завршимо. Сва приватна права садрже два елемента: један је индивидуалан, а други социјалан. С једне је стране инстинктивна тежња човечија да сам, искључиво, и на начин нормалан, присваја спољне ствари и врши своја права тако да из њих извлачи максимум добити; а с друге стране вршење тих права се ограничава с обзиром на друштвени морал и на то што човек живи у једној уређеној социјалној заједници, сужавају се тежње ка искључивости и безграничности. И цео је проблем законодавца тај да се нађе пропорција у којој би се та два елемента комбиновала; да нађе известан компромис између та два интереса. „Историја националне економије и правне организације, вели Вагнер, указује нам процес овога компромиса, између принципа социјалног и принципа индивидуалног. Социјализам увеличава први, индивидуализам економски други од ова два принципа. Непристрасна наука, пракса и рационална политичка економија треба да избегну ову двоструку опасност, али ипак да признају да је принцип социјални протезнији и да треба то да буде<sup>1</sup>.“ Ова теорија злоупотребе права упућује појединце на узајамно поштовање њихових интереса и успешно заједничко живљење многих индивидуа на истом простору. „Правно пак схватање које тежи да појединца са његовим правним кругом стави као неког правног Робинзона — Крусе на какво усамљено острво, док он у ствари живи у средини себи равних индивидуа — мора доспети ускоро у неразрешљиве противречности са фактичким односима<sup>2</sup>.“ Према епохама и местима право осцилира од индивидуализма ка алтруизму; за наше доба ова теорија одговара материјалним потребама, социјалним и правним појмовима. Она није плод

<sup>1</sup> A. Wagner „Les fondements de l' Economie politique“, trad. Polack. 7 l. стр. 26.

<sup>2</sup> Steinbach: „Die grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden стр. 12.



апстрактних теорисања, основана на априористичким рационалним појмовима, далеко од живота и практичног значаја. Већ тражена у име правде и морала она има да разреде само једну мрежу извесних старих идеја и погрешних појмова које јој могу угушивати њене нове аспирације, па ушавши у модерном облику у законодавства, угушује одатле сурови егонизам, који би гађао чланове исте групе социјалне и распаљивао унутрашњу борбу искључујући правду са домена правнога. „У данашње доба, пише Жени, појављује се потреба да се у нашу позитивну организацију унесе више братских осећаја или како се радо говори више социјалне солидарности т. ј. изједначити више услове класне борбе, осигурати тачнију поделу доходака пропорционално напорима свакога, ублажити претерану *суровост индивидуалног права* с обзиром на социјални и општи интерес<sup>1</sup>.“

Главне су линије повучене, теорија ова изгледа нам конструисана не само у принципу, већ и у нашем законодавству, а примењена умерено и мудро, изгледа нам, једно од оних средстава, који нам служе за измирење *слободе и правде*.

— КРАЈ —

## ПРИЛОГ

Према Уредби правнога факултета дужан сам приложити тези своју биографију, што чиним на овоме месту. Рођен сам 14. маја 1886. год. у селу Бојићу (окр. подрински) од оца Петра земљоделца и мајке Милице. Пошто у овоме селу нема основне школе, то сам ову завршио у селу Накучанима у истом округу. Године 1898. ступио сам у гимназију Шабачку и ту сам свршио шест разреда, а затим остале две године и испит зрелости завршио сам у Београду у „III. Београдској гимназији“. Године 1906. ступио сам на правни факултет у Београду и завршио сам студије на овом универзитету 1910. године. Исте године наставио сам своје студије у Паризу, где сам пробавио две школске године. На крају ове друге — год. 1912. — подносим ову своју тезу.

Нинко Перих.

<sup>1</sup> Geny: Methode d'interprétation et source en droit privé esp. 352.



## ERRATA

---

Н	стр.	у	1. реду	од	то	место	<i>pluviae</i>	треба	<i>pluviae</i>
•	•	•	•	•	•	•	<i>arcende</i>	•	<i>arcendae</i>
•	•	21.	•	•	•	•	<i>quod</i>	•	<i>quod</i>
•	•	•	•	•	•	•	<i>inopportuno</i>	•	<i>inopportuno</i>
•	•	37.	•	•	•	•	<i>времену</i>	•	<i>вршениу</i>
•	•	•	•	•	•	•	<i>противној</i>	•	<i>противном</i>
•	•	•	•	•	•	•	<i>садржина</i>	•	<i>садржиниу</i>
•	•	38.	•	•	•	•	<i>неки</i>	•	<i>неко</i>
•	•	80.	•	•	•	одошло	<i>вољом уговорача</i>	•	<i>вољом једнога уговорача</i>
•	•	89.	•	•	2.	одошло	<i>налази</i>	•	<i>тражи</i>

---



# САДРЖАЈ

	СТРАНА
Увод . . . . .	5
<b>ПРВИ ДВО</b>	
<b>Теорија злоупотребе права.</b>	
I. одељак. Поставак и појам теорије злоупотребе права . . . . .	11
II. одељак. Злоупотреба права и римско законодавство . . . . .	15
III. одељак. Доктрина.	
A. — Присталице теорије злоупотребе права.	
§ 1. Субјективна теорија: <i>malitias non est indulgendum</i> . . . . .	22
§ 2. Објективне теорије . . . . .	28
§ 3. Салеј и Жосерап . . . . .	35
B. — Негација појма злоупотребе права и противници ове теорије.	
§ 1. Плавинол, Перић, Водри . . . . .	46
§ 2. Мартен, Есмен, Бишоар и др. . . . .	60
§ 3. Теорија конфликта права . . . . .	63
IV. одељак. Позитивно право законодавство . . . . .	66
V. одељак. Злоупотреба права и судска пракса у Француској . . . . .	83
<b>ДРУГИ ДВО</b>	
<b>Критички поглед на теорију злоупотребе права.</b>	
I. одељак. Основ ове теорије . . . . .	89
II. одељак. Критика изложених теорија.	
A. — Критика аргумената против теорије злоупотребе права.	
§ 1. Формални део . . . . .	93
§ 2. Материјални део . . . . .	99
B. — Критеријум злоупотребе права и њена санкција.	
§ 1. Критеријум . . . . .	113
§ 2. Санкција . . . . .	118
<b>ТРЕЋИ ДВО</b>	
<b>Систем српског грађанског законика.</b>	
I. одељак. Доктрина.	
§ 1. Српски грађ. законик не признаје теорију злоуп. права . . . . .	121
§ 2. Злоупотреба права је забрањена и по српском грађ. зак. . . . .	124
II. одељак. Судска пракса.	
§ 1. Службеност једнога пута . . . . .	135
§ 2. Службеност једнога прозора . . . . .	140
§ 3. Образака куће са стране туђег имања . . . . .	147
Прилог . . . . .	151
Errata . . . . .	153