

ГЛАВА III

СУБЈЕКТИВНО ПРАВО И ПРАВНА ОБАВЕЗА

1. СУБЈЕКТИВНО ПРАВО

1.1. Објективно и субјективно право

Савремени човек тешко би могао да замисли свет права, а камоли да га тачно опише, без израза као што су „субјективно право“ или „правно овлашћење“. Тај свет субјективних права је свет слободе, могућности, смења, а не свет обавеза, заповести и покоравања. Правне норме, осим што нам наређују и забрањују, на другој страни нам и допуштају, омогућавају, овлашћују нас. Онај део права који нам наређује или забрањује није важнији од оног дела права који нам гарантује права и слободу делања. Осим тога, *иа два дела њрава су нераздвојно њовезана*. Каква својства и значај има тај други, слободнији део права, који рачуна на човека као слободно и делатно биће, на то питање теорија права одговара разматрањем појма субјективног права.

Треба одмах истаћи да се без јасног описа појма субјективног права, право не може ни разумети ни описати. Приказ правног поретка који би био сведен само на опис постојећих правних обавеза можда је могућ за поједине правне гране, попут кривичног права рецимо, које се скоро искључиво бави забранама и наредбама. Али би сналажење у већем делу правног простора било немогуће када бисмо само знали које су нам обавезе, али не и која су нам права. Без појма субјективног права, адресати правног поретка не би знали како да остваре своје циљеве служећи се правом. Тачније, не би знали шта и на који начин *смеју* да учине или како *моју* да се понашају а да такво понашање правни поредак активно штити и подржава. Стога је разумевање појма субјективног права важно не само ради пуког теоретисања, већ и из сасвим практичних разлога.

Када је реч о изразу „субјективно право“, треба најпре отклонити једну терминолошку забуну. У свакодневном говору обично се каже „има(м) право“ или „има(м) законско право“, али се сасвим ретко – осим у књигама – користи израз „имам субјективно право“. Ипак, реч „право“ се у нашем језику, као и у многим другим, користи да означи и другачију појаву од нашег субјективног права. Ми ту реч користимо – као и Немци, Французи, Италијани – и када говоримо о *њравним нормама* које се налазе у изворима права попут устава, закона и уредби. Да би се истакла разлика између права у смислу скупа правних аката и норми и „права“ као наше личне слободе или овлашћења да чинимо нешто што нам правни поредак допушта или омогућава, наш језик, каогод и француски, немачки и други језици, термину „право“ мора да при-

дода придеве „објективно“ и „субјективно“. Дакле, у нашем језику синтагмом „објективно право“ се означава скуп свих важећих правних норми једног правног поретка, док је „субјективно право“ властито право или слобода *појединца* да делује на одређени начин који објективно право допушта и признаје.¹ И то разликовање између „објективног“ и „субјективног“ права је заправо први корак у објашњењу појма *субјективног* права. Јер је објективно право претпоставка субјективног права, пошто субјективно право не би постојало уколико, посредно или непосредно, није уређено важећим нормама објективног права. Речју, настанак, дејства, начин преношења и престанак одређеног субјективног права, је прописан и уређен нормама објективног права.² Примера ради, пунолетни грађани имају бирачко право зато што такво право предвиђа устав и одговарајући закони, родитељи имају родитељско право на основу породичног законика, аутори научних или уметничких дела уживају ауторска права на основу Закона о ауторским и сродним правима итд.



„Објективно право је објективно јер постоји, може се од свакој сазнати као и сваки дрући исказан суд или мисао. А објективно је и зашто што његова правила постоје независно од субјективног, личног схватања појединца о њиховој умесности и оправданости и независно од њиховог признавања или непризнавања.“ (Ч. Марковић)



1.2. Појам субјективног права

Шта је субјективно право? До целовитог одговора на ово важно питање може се доћи кроз неколико једноставних корака. На првом, полазном кораку, најоупштеније говорећи, субјективно право можемо одредити као извесну *погодност* која је објективним правом установљена у *интересу* неког лица (субјекта права). Та погодност *најчешће* се остварује тако што се носиоцу субјективног права омогућава или допушта да се понаша на одређени начин, да предузима извесне, правом допуштене радње које су у његовом интересу.³

- 1 Колико нам је познато, једини изузетак од те раширене језичке праксе да постоји само један термин „право“ којем се онда додају атрибути „објективно“ и „субјективно“ како би се разликовало право као скуп важећих прописа од нашег личног, појединачног права је енглески језик. Наиме, тај језик је сковао *два* различита термина за те две појаве, тако да се за право у смислу „објективног права“, у смислу скупа важећих правних норми користи израз *the law*, а за „субјективно право“ неког лица које је додељено и заштићено објективним правом користи се термин *right*.
- 2 Ипак, постоји изузетак од правила да нема субјективног права без норми објективног права. Реч је о случају у којем постоји такозвана правна празнина и тада је могуће да у конкретној ситуацији неко има субјективно право иако пре тога није постојала норма објективног права на основу које би такво једно право било установљено. О правним празнинама се опширно говори при самом крају уџбеника.
- 3 Кажемо да се погодност која се стиче субјективним правом „најчешће“ остварује тако што његов носилац може да се понаша на одређени начин. Међутим, то „најчешће“ не значи и „увек“. Наиме, да би постојало субјективно право није *необходно* да се носиоцу права допушта

У правној теорији се та допуштеност предузимања извесних радњи назива још и *овлашћењем*.⁴ Али као што је речено, тај корак је недовољан да би се одредило субјективно право пошто је сувише уопштен, јер није свака допуштеност да се понашамо по својој вољи субјективно право. Дакле, треба начинити следећи корак, а он се састоји у тврдњи да допуштеност једног понашања има правну вредност као субјективно право или другим речима, допуштеност постаје *овлашћење* само онда када је другима наређено да чине или не чине оно што би било противно том допуштеном понашању. Према томе, није свака могућност слободног понашања субјективно право, већ само она када друго лице или лица имају правну *обавезу* да ту слободу не угрожавају или чак *обавезу* да активно делају у њену корист. Да би се илустровала разлика између, с једне стране, допуштености, то јест наше слободе коју правни поредак активно признаје и штити, намећући *обавезу* другим лицима и, с друге стране, „обичне“ слободе, која просто значи одсуство *наше* правне *обавезе* да нешто чинимо/не чинимо, од помоћи ће бити пар примера.

Слобода да гледам преко плота у комшијско двориште значи да не постоји правна *обавеза* која би ме у томе понашању ометала – на пример, забрана гледања у комшијско двориште. То значи да, уколико се моји поступци налазе унутар те сфере слободе, онда не могу бити кажњен за њих. Међутим, мојој слободи да завирујем у туђе двориште није корелативна, то јест не одговара никаква правна *обавеза* комшије да ми то омогући. Штавише, ако комшија одлучи да подигне високу ограду или да на други *дойушићени начин*⁵ спречи завиривање у сопствено двориште, он ће *de facto* ометати моју слободу да вирим у његово двориште, али тиме неће прекршити неку своју *обавезу* (Hart, 167). Још један пример: ходајући улицом, два човека приметите златни сат на плочнику испред њих. Сваки од њих је слободан да приђе и покупи сат. Али ће, наравно, само онај који буде бржи успети да га се домогне (и евентуално, касније одржајем стекне право својине на њему). На тај начин ће онај други *de facto* бити ометен у коришћењу своје слободе, али бржи и спретнији од њих двојице, тиме што га је омео, није учинио било какав правни прекршај.

Из ових примера се може уочити да је та, да тако кажемо, „обична“ слобода у ствари негативна слобода, јер претпоставља само негацију (одсуство) правне *обавезе* да нешто чинимо или не чинимо. И управо у томе се „обич-

да нешто активно чини, да се понаша по својој вољи. Понекад је довољно да он ужива у погодностима свог субјективног права и само, да тако кажемо, пасивно. То је случај када неко други има *обавезу* да чини нешто у његову корист, а да носилац права не предузима ништа у вези с тим. Примера ради, странка има право на суђење у разумном року, што значи да је суд *обавезан* да у одређеном року донесе правоснажну пресуду поводом њеног захтева и тим поводом учесник у поступку као носилац тог права не предузима било какву радњу.

- 4 Показаћемо касније да субјективно право и овлашћење (то јест допуштеност одређеног понашања) нису синоними, то јест да једно субјективно право може да се састоји од више овлашћења, а што је случај код такованих сложених права (в. наредни одељак о врстама субјективних права).
- 5 Допуштени начин, наравно, не подразумева да комшија може да уђе у моје двориште и прети ми или ме физички нападне јер га посматрам. Тиме би прекршио правну *обавезу* која му забрањује улазак на туђи посед без дозволе, односно физички напад на другог.

на“ слобода разликује од субјективног права. Субјективно право постоји када нека правна норма *јоозијивно* признаје и штити нашу слободу, тиме што друго лице или лица обавезује да не угрожавају ту нашу допуштено, док „обична“ слобода постоји само када не постоје норме које би нам неко понашање наредиле или забраниле. Суштина субјективног права није у томе да је његовом носиоцу нешто просто допуштено, већ и да су друго лице или лица *обавезни да исиуњавају корелативну обавезу*.

Дакле, свако субјективно право има свој корелат у правној обавези другог или других лица.⁶ Та обавеза подразумева понашање које други треба да следи или од којег треба да се уздржи управо стога да не би угрозио нечије корелативно субјективно право. У супротном, он чини прекршај за који правни поредак предвиђа изрицање и примену одговарајуће санкције. Тако субјективном праву (овлашћењу) власника стана да од подстанара наплаћује станарину одговара *обавеза* подстанара да плаћа станарину, праву (овлашћењу) послодавца на коришћење радне снаге запосленог одговара *обавези* радника да ради, обавези свих да без одобрења аутора не умножавају туђе ауторско дело одговара ауторско право аутора итд.

Из ових пар наведених примера јасно се уочава још један, већ на самом почетку овог одељка споменут, елемент субјективног права.

Наиме, корелативна обавеза подразумева да су обавезано лице или лица дужни да било активним чињењем, било уздржавањем од чињења⁷ омогуће носиоцу субјективног права да *оствари неку јојодност*, коју објективно право признаје као оправдану. Примера ради, да наплати ренту, да оствари профит од рада радника, да ужива у плодовима свог ауторског дела итд. Стога, каква год била по свом конкретном садржају, субјективна права најчешће имају један исти циљ – *интерес* носиоца права. То значи да правни поредак, додељујући субјективна права, признаје и штити остваривање какве материјалне или моралне погодности онога којем се конкретно субјективно право додељује.⁸

Али наравно, није сваки интерес у исто време правно заштићен нити је повреда било којег интереса правно забрањена. Мој интерес је да будем угледан, али субјективно право на лични углед постоји само ако постоји правна обавеза других да не нарушавају мој углед и *ако имам одговарајуће овлашћење* помоћу којег могу да „контролишем“ испуњење те обавезе. Или, другачије речено, да би интерес постао циљ субјективног права, осим тога што је правно признат (тиме што постоји објективним правом установљена *правна обавеза* других да га не угрожавају), он мора бити и *правно заштићен* (тиме што се

*Субјективно право
увек има свој корелат
у правној обавези дру-
гој или других.*

6 Треба напоменути да нема субјективног права без корелативне правне обавезе, али да има правних обавеза без корелативног субјективног права (нпр. забрана нарушавања јавног реда и мира /уп. Salmond, 220/ или забрана нелојалне конкуренције).

7 Уз чињење и уздржавање (нечињење), радња коју предвиђа обавеза може да представља и давање и трпљење. Међутим, због једноставности излагања у тексту се не набрајају сви облици радњи које значе извршење обавезе, иако се они увек подразумевају.

8 Интерес је све оно што задовољава човекове потребе, то је погодност коју субјект тежи да оствари.

носиоцу субјективног права даје овлашћење да ради заштите свог права у помоћ може да позове државни апарат принуде).

На тај начин чинимо последњи корак у одређењу субјективног права и долазимо до његовог последњег битног елемента. Поред допуштености да упражњавамо неко понашање, поред чињенице да је она *признајива* тиме што постоји корелативна обавеза другог или других лица, она је у исто време и *заштитљива*, јер постоји *овлашћење на правну заштиту* те допуштености. Такво овлашћење на правну заштиту најчешће подразумева могућност да тужиоцу суду другу страну – ону која не испуњава своју корелативну обавезу. На пример, ако један од станара у стамбеној згради склопи уговор с агенцијом за одржавање стамбених зграда о чишћењу заједничког улаза и степеништа, онда ће испуњавање обавеза агенције бити у најбољем интересу свих станара. Дакле, с једне стране постоји интерес свих станара да им зграда изгледа уредно, а с друге правно установљена обавеза агенције да редовно чисти зграду. Али то не значи да сви станари, осим онога који је уговор склопио, имају *субјективно право* да степениште буде редовно очишћено. А онај један станар који га има, има га зато што му правни поредак признаје да може да контролише извршавања *те обавезе* друге уговорне стране, и то признајући му, примера ради, следећа овлашћења:

- у складу с уговором има овлашћење да ту обавезу друге стране угаси;
- у случају *кршења обавезе*, има овлашћење да захтева накнаду штете, а у одређеним случајевима и да тражи испуњење обавезе (путем тужбе суду)
- у случају када је одређена накнада штете, има овлашћење да ту обавезу друге стране угаси, то јест да се одрекне права на накнаду (Харт, 184).

На овај начин, успостављајући „контролу“ једног субјекта над „судбином“ обавезе другог или других, правни поредак у највећој могућој мери штити интерес правног субјекта који он остварује испуњењем те обавезе. И на тај начин, омогућавајући му правну *заштиту*, његову „обичну слободу, правни поредак прображава у „заштитену“ слободу, у субјективно право.

Ако сада резимирамо све пређене кораке, долазимо до следећих елемената појма субјективног права:

- 1) Садржина сваког субјективног права је једно или више допуштених, могућих понашања или како се то још у праву уобичајено назива, једно или више *овлашћења*;
- 2) Кад постоји субјективно право, не ради се само о томе да објективно право само допушта одређено понашање – оно га уистину *признаје и штити*;
- 3) Признањем и заштитом сваког субјективног права правни поредак (објективно право) увек признаје и штити неки оправдан *интерес* носиоца субјективног права;
- 4) Правно признање да једно лице има субјективно право, то јест да је овлашћено на једно или више допуштених понашања значи две ствари:

- друго лице или сва остала лица имају правну обавезу да (чињењем или нечињењем) омогуће или допринесу да носилац овлашћења из субјективног права неометано врши своја овлашћења
- уколико се таква обавеза не поштује, правни поредак ставља у изглед да ће, на његов захтев, заштитити носиоца субјективног права и то тако да употребом државне принуде или присили носиоца обавезе да обавезу изврши или да га казни због неизвршења обавезе.

1.3. Врсте субјективних права

Још од римских времена у правној науци се развијају различита разврставања субјективних права. Као резултат тог развоја данас постоје многобројне поделе субјективних права. Рецимо, субјективна права се деле на имовинска и неимовинска у зависности од тога да ли се њихова вредност може изразити у новцу или не. Затим, могуће их је сврстати у преносива или непреносива у зависности од тога да ли једно право може да промени свог носиоца или не. Преносиво је, примера ради, право својине или ауторско право, а непреносиво је, рецимо, бирачко право или право на приватност. Такође, постоји подела субјективних права на приватна (грађанска) код којих је субјект корелативне обавезе приватно лице и јавна субјективна права код којих је носилац корелативне обавезе јавна власт итд. Различите врсте субјективних права подробније се изучавају у оквиру позитивноправних научних дисциплина, попут облигационог, стварног или уставног права, тако да се о њима на овом месту неће говорити. Овде ћемо размотрити само поделу субјективних права на проста и сложена, као примарну, затим класификацију на апсолутна и релативна права као најубичајенију и најзад ћемо укратко описати једну „врсту“ субјективног права о којем је већ било речи, а то је надлежност.

Када је реч о питању која се од многих подела субјективних права сматра теоријски примарном и практично најкориснијом, различите правне културе дају различите одговоре. Примера ради, у римском праву су се субјективна права, пре свега, разврставала на *ius in rem* и *ius in personam*. А трагови ове поделе видљиви су и данас у класификацији права на апсолутна и релативна. У англосаксонској традицији пак, од радова познатог правног теоретичара Хохфелда (*Wesley Newcomb Hohfeld*) основном се сматра подела субјективних права на овлашћења (*powers*), тражења (*claims*), слободе (*liberties*) и имунитете (*immunities*). Ипак, у духу претходног излагања, у којем смо утврдили да се субјективно право најчешће састоји од допуштености одређене радње или радњи, која се назива још и овлашћењем, ми ћемо као основну или полазну посматрати поделу на *једноста* и *сложена* субјективна права.⁹ На чему се та подела заснива? Укратко речено, проста права састоје се од *једног* овлашћења, то јест од једне једине допуштене могућности понашања, док се сложена састоје од најмање два, а чешће и од више таквих допуштених понашања или овла-

9 Та подела је основна, јер без ње остале поделе не могу исправно да се разумеју нити да се схвати њихов практичан значај. У нашој правној науци на тој подели, као основној, инсистира Владимир Водинелић (уп. Водинелић, 195–99), на чијим увидима је и засновано наше излагање о простим и сложеним правима.

шћења. Примера ради, право на накнаду штете је просто право, јер се састоји од једног јединог овлашћења да се од штетника захтева обештећење за нанету штету. Исто тако, просто право је право наследника да не прими наследство или право послодавца да да отказ раднику. С друге стране, право својине је сложено право јер обухвата више различитих овлашћења сопственика, који може своју ствар да држи, користи, мења, отуђи, прибира плодове од ње итд. Ауторско право је, такође, сложено право, будући да аутор има морална овлашћења над својим делом (овлашћење на назначење свог имена на ауторском делу, овлашћење на интегритет дела, овлашћење на признање ауторства над делом), а има и овлашћења на економско искоришћавање свог дела. Најзад, још једно типично сложено право је родитељско право, јер се састоји од више разнородних овлашћења (овлашћење да се детету да име, да се дете заступа, одгаја, образује итд).

Међутим, када се говори о подели права на проста (сачињена од једног овлашћења) и сложена (сачињена од два или више овлашћења), намеће се једно здраворазумско питање: због чега *свако* овлашћење правна наука и пракса не посматрају као *засебно* субјективно право? Или ако се питање постави на трагу поменуте поделе, зашто нису сва субјективна права проста права, него су чак више распрострањена сложена права? Једноставно речено, зашто правна теорија, али и законодавна пракса субјективно право и овлашћење не посматрају као синониме? Одговор на ово питање садржан је у самом појму субјективног права. Наиме, у претходном одељку на неколико места је наглашено да признањем и заштитом субјективног права правни поредак (објективно право) признаје и штити легитимни *интерес* његовог носиоца. Другим речима, права су проста или сложена онда када су прости или сложени интереси које творац објективног права сматра да је оправдано заштити признавањем субјективног права. Примера ради, када се објективним правом путем права својине штите интереси сопственика ствари, да би се његов интерес у потпуности заштитио потребно је да му се призна више различитих овлашћења (која су малочас примерично набројана) у вези са ствари над којом има то право. Слично је и са сваким другим сложеним правом, попут ауторског или родитељског права. Ниједно од таквих права не би постигло своју сврху – а то је заштита оправданог интереса његовог носиоца – уколико законодавац не би признао више различитих овлашћења његовом носиоцу, у нашем конкретном примеру аутору ауторског дела или родитељу.

Следећа важна подела субјективних права која се у теорији устолучила од деветнаестог века, али која је у рудиментарном облику присутна још од римског права, јесте подела на *ајсолућна* и *релативна* субјективна права. Критеријум за ову поделу открива се када се постави следеће питање: да ли субјективном праву, то јест овлашћењима која на основу њега једно лице има, одговара правна обавеза *свих осталих* лица или конкретна обавеза сасвим *одређеној* субјекта? Ако је неком субјективном праву корелативна *само обавеза свих друћих* лица онда говоримо о апсолутном праву. Типично апсолутно право је право својине. Праву сопственика на некој ствари, да ту ствар држи, користи, отуђи, мења, уништи итд, одговара *нејативна* обавеза *свих осталих* људи да се уздрже од било какве радње којом би ометали вршење

тих својинских овлашћења, а не *конкретна обавеза одређеној лица* да се према сопственику понаша на одређен начин. Сличан је случај и с ауторским правом, односно с појединим овлашћењима¹⁰ која из њега проистичу. И овде постоји обавеза *свих* субјеката да не угрожавају поједина овлашћења аутора, то јест да неовлашћено не мењају, не објављују или не умножавају ауторско дело. Према томе, код апсолутних права, наспрам субјективног права једног лица постоје обавезе *свих осталих лица* да се суздржавају од било које радње која би омела или угрозила вршење овлашћења из таквог права. Зато се и каже да апсолутна права дејствују према свима (*erga omnes*). И такође, зато се каже да је та обавеза *увек* уопштено одређена и *негативна*, јер се она састоји од *уздржавања* осталих субјеката од ометања носиоца права у вршењу његових овлашћења.

Насупрот овим апсолутним правима, стоје такозвана *релативна* субјективна права. Код релативних права, субјективном праву његовог носиоца одговара *конкретна обавеза сасвим одређеној субјекта или субјеката*. Примера ради, праву зајмодавца одговара конкретна обавеза зајмопримца да врати позајмљени износ новца, праву купца одговара обавеза продавца да му купљену ствар преда, праву оштећеног корелативна је конкретна обавеза субјекта који му је нанео штету да га обештети итд. Као што се из наведених примера уочава, за разлику од апсолутних права, релативна права *увек* дејствују према тачно одређеном лицу или лицима. Другим речима, позајмљени износ новца се не може захтевати од неког трећег лица које, рецимо, дугује новац зајмопримцу, већ се може тражити само од онога коме је позајмљен, накнада штете се може захтевати само од штетника итд. Зато се каже да релативна субјективна права дејствују „између две стране“ или *inter partes*, то јест да дејствују само према тачно одређеном лицу или лицима. Такође, поменуто је да је код апсолутних права корелативна обавеза свих осталих лица *увек* уопштено одређена и негативна, то јест да је њихова обавеза да се уздржавају од ометања нечијег субјективног права. Код релативних права, међутим, обавеза је *увек конкретна* а осим што она може бити негативна – на пример, уздржавање или трпљење субјекта обавезе да кроз његово имање носилац права службености може несметано да пролази – обавеза врло често може бити и обавеза давања или чињења, дакле одређена позитивно, активно – вратити позајмљени новац, предати купцу продагу ствар или обештети оштећеног.

Најзад, посебна, али важна подврста субјективног права коју ћемо на крају описати јесте *надлежност*. Наиме, када је субјективно право носиоца права установљено ради погодности неког другог лица, то јест када носилац права

Надлежност је врста субјективног права које се не врши у свом негу у интересу.

10 На примеру ауторског права се види да је подела субјективних права на проста и сложена основна, јер ауторско право је пример сложеног права у којем нека од овлашћења имају *ајсолућан* карактер (то јест, дејство према свима) али нека имају само релативно дејство тако да ауторско право у *целини* *ледано* није ни само апсолутно ни само релативно. Такође, нека овлашћења из ауторског права су неимовинска (морална), а нека су имовинска итд.

дела у туђем, а не у свом интересу, тада се каже да је он надлежан да се понаша на изванредан начин. Карактеристичан пример надлежности су радње државних органа у вршењу њихових законодавних, извршних или судских овлашћења.

Најупадљивије специфичности надлежности у односу на остале врсте субјективних права су следеће:

- а) најважнија специфичност је да је надлежност у исто време *и право и обавеза*: право према онима који су подложни одлукама или радњама надлежног субјекта, а обавеза према ономе субјекту у чијем интересу врше надлежност (рецимо, за судију, то је држава);
- б) носилац надлежности увек мора делати рационално, мора имати рационалну вољу, док носилац права то не мора – примера ради, завешталац може у тестаменту да располаже својом имовином на начин који је ирационалан, рецимо да сву своју имовину остави љубавници, дакле да дела из емотивних разлога, док носилац надлежности не сме приликом вршења исте да се води сопственим страстима и емоцијама;
- в) управо стога што је надлежност у исто време и обавеза, уколико субјект надлежности не врши своју надлежност уопште или је не врши на рационалан начин, *иад он чини прекршај*, јер крши једну правну обавезу. То није случај са субјектом субјективног права, којем је остављено на вољу да ли ће правна овлашћења из свог права вршити или не. Ако појединац никада не сачини тестамент или не гласа на изборима или не користи сопствену ствар он тиме не чини прекршај, већ једноставно не користи могућности које му правне норме стављају на располагање;
- г) носилац надлежности у принципу не може своју надлежност да преноси на другог, док носилац овлашћења то у принципу може – тако, на пример, носилац права својине може да пренесе својину на одређеној ствари на другог, док с друге стране носилац надлежности (рецимо, судија) не може да пренесе надлежност да суди неки спор свом пријатељу правнику.

2. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА

Злоупотреба права би се у најкраћем могла одредити као шкођење другог *иосезањем у његово право вршењем свој сојсџивеној љрава*. Дакле, за злоупотребу права карактеристично је да један правни субјект врши неко своје право (дакле, нешто што му правни поредак допушта) на такав начин да другог правног субјекта омета или спречава у вршењу његовог признатог субјективног права и тиме му шкоди. Последица констатације да је злоупотреба права извршена јесте по правилу обавеза да се накнади штета причињена субјекту који је у вршењу свог субјективног права ометен или спречен.

Синтагма „злоупотреба права“ је одувек изазивала подозрење међу правницима. Како умесно примећује француски правник Плаћол, она је донекле парадоксална јер један поступак не може у исти мах бити и сагласан праву (ако представља вршење свог субјективног права) и супротан праву. Злоупо-

треба права почиње тамо где употреба права престаје. Треба само прецизно одредити овлашћења која припадају носиоцу неког субјективног права и, ако он остане у тако одређеном оквиру, тада не може злоупотребити своје право. Ако пак субјект права прекорачи тако одређену границу, значи да је његово понашање противправно и тада није реч о вршењу права, већ о акту који је прекршај, који је противправан.¹¹

На први поглед, између Плањола и заговорника идеје злоупотребе права постоји само термилошки неспоразум, јер док он спорне радње означава као прекршај права, догле их теорија о злоупотреби права сврстава у нарочити правни институт – и то неадекватан, јер је логички противречан а у пракси недопустиво неодређен. И премда то може да изгледа само као термилошка конфузија коју изазива један неадекватан термин, неспоразум извире из једног раширеног гледишта, према којем је субјективно право стечена супериорност, и то увек на основу неког претходног делања или жртве неког другог права од стране његовог носиоца. Као такво, оно мора да допусти себичну – а то значи апсолутну – власт субјекта права. Субјективно право – то је човекова моћ: оно је потврда неједнакости, вели други француски аутор, Рипер, и зато се мора прихватити да из такве његове суштине произилази да је оно апсолутно и да не може бити подређено никаквим другим интересима. Такав приступ који пориче могућност злоупотребе права у својој основи има став да у процесу вршења права постоји само вршење и кршење права и да нема граничних случајева који настају када два права нису међусобно јасно разграничена и када долази до сукоба двају или више права која припадају различитим правним субјектима (Родиер, 2–5).

Злоупотреба права постоји када се шкоди другоме тиме што се вршењем својих права нарушава његово право.

Ипак, такво теоријско становиште је потиснуто и судска пракса, пре свега у Немачкој и Француској, крајем XIX века почиње да води рачуна о злоупотреби права. Окренутост тог института судској пракси и укореењеност у њој, а не у законским параграфима, остаће трајна карактеристика злоупотребе права. Међутим, та карактеристика је разумљива ако се зна да је злоупотреба права и настала као реакција судске праксе на крутоост писаног права. Њена „ванзаконска суштина“, како каже Радомир Лукић, остаје непромењена чак и када злоупотреба права нађе своје место у законима пошто се она управо због своје функције и природе не да јасно и прецизно формулисати и учинити стабилном. Јер када би је било могуће законом дефинисати, институт злоупотребе права би постао сувишан будући да би већ законодавац обавио сав посао међусобног разграничења различитих субјективних права. Када би границе дозвољеног вршења субјективног права могле бити законом прецизно одређене, понашање у тим границама увек би било вршење права, а понашање изван тих граница представљало би кршење права.

11 Такав став исказан је још латинском изреком *qui suo iure utitur, neminem laedit* (ко своје право врши никоме не наноси штету).

Зато не изненађује чињеница да француски *Code civile* нема одредбу о злоупотреби права, а да немачки Грађански законик садржи само одредбу против тзв. шикане, то јест вршења субјективног права са циљем да се другоме нанесе штета. У овом контексту занимљиво је поменути црногорски Општи имовински законик, који садржи одредбе које су на трагу идеје о злоупотреби права, као што су „Ни својим се правом служити не мо'ш, тек другоме на штету ил' досаду“ или „Ни у праву своме не тјерај мак на конач“ (чл. 1000 и чл. 1014).

Међутим, шта је то судска пракса поставила као критеријум да је неко приликом вршења свог права учинио злоупотребу? Јасно је било, наиме, да није свако вршење свог права које шкоди другоме ометајући га у вршењу његовог права у исто време и злоупотреба. Рецимо, чињеница да је неко отворио ресторан у непосредној близини већ постојећег ресторана, може за власника овог другог да буде веома неугодна и да га фактички, услед појачане конкуренције, спречи да делотворно остварује своје право. Ипак, ниједан суд неће утврдити како је власник новог ресторана злоупотребио право (тачније овлашћење) које му закон даје да може под одређеним условима да отвори ресторан тиме што је *de facto* угрозио постојање већ постојећег ресторана. Међу-

Постоје две главне теорије о томе када постоји злоупотреба права: субјективна и објективна.

тим, с друге стране, француски суд из града Колмар својевремено није имао дилему да је реч о злоупотреби права када је прихватио тужбу против власника куће који је направио лажни димњак без отвора за дим, само да би комшији заклонио

природну светлост! Због чега у првом случају не постоји, а у другом постоји злоупотреба права? Другим речима, питање је: како се упражњавање супротстављених права може ускладити и уз помоћ којих мерила се испитује да ли се једно право врши о „трошку“ другог и када се таква „употреба“ претвара у „злоупотребу“? На то питање одговарало се на различите начине, а ми ћемо на овом месту споменути два најчешћа одговора, две теорије: субјективну и објективну.

Према такозваној субјективној теорији о злоупотреби права, реч је о таквом вршењу свог права којим се *с намером онемоћућава или оштежава* вршење туђег субјективног права и тиме другоме наноси штета. Субјективна теорија, дакле, у први план изводи субјективан однос носиоца права према вршењу права и његовим последицама. Наведени случај из француског правосудја управо је добар пример примене субјективне теорије о злоупотреби права, јер је из свих околности потпуно јасно да је једина намера носиоца права да вршењем свог права науди другоме. У истом смислу у домаћој судској пракси, рецимо, у једној пресуди се наводи да „сопственик земљишта које је засађено дрвећем које прави сенку усевима на суседовом земљишту није одговоран за штету која настаје у виду мањег приноса као последица недовољне осунчаности, осим у случају ако је дрвеће засадио да би суседу ирочинио штету“.

Временом се, међутим, увиђа потреба да се злоупотреба права на неки начин објективизује и тако настаје тзв. објективна теорија, према којој злоупотреба права постоји, ако се субјективно право *врши ирочинно циљу* због

којег је оно установљено или признато (Закон о облигационим односима, чл. 13). Ипак, како је реч о једној веома уопштеној формулацији, да би се она у конкретним случајевима доследно спровела, судска пракса и законодавац морају да прибегавају прецизнијим критеријумима чије би постојање сведочило о вршењу субјективног права противно циљу због којег је дато (Водинелић, 299). То је она врста критеријума која је у тесној вези с друштвеном природом и функцијом права као и с општеприхваћеним правним начелима савесности и поштења, правичности, јавног морала. Међу њима нарочито треба поменути следеће:

- *бескорисно њонашање* – непостојање *интереса* у вршењу права – пошто је свако субјективно право установљено зарад остварења неког легитимног интереса његовог носиоца, сматра се да када се у вршењу права тај интерес не остварује, а при томе се шкоди другоме, постоји злоупотреба права (примера ради, посађен је дрворед с дрвећем без плодова или без неког другог видљивог разлога, а који онемогућује коришћење суседног обрадивог земљишта; или вршење права пролаза и поред чињенице да је у међувремену изграђен адекватан јавни пут до повласног добра);
- *нејимерено њонашање* – начин вршења субјективног права, међу више могућих начина, који је најштетнији за другог (ако, на пример, на свом имању може да ископа бунар на два или више различитих места, међу којима само за једно место постоји ризик да копање доведе до пресушивања комшијиног бунара, онда власник злоупотребљава своје право уколико бунар ископа управо на том месту и уколико суседни бунар пресуши);
- *несразмерно њонашање* – претерана или ненормална штета коју други трпи, а мала корист за себе (на пример, подизање високог заштитног зида према комшијској башти, може у једном случају, када је реч о башти која је запарложена, бити дозвољено вршење свога права, али уколико се у башти налази пластеник или стакленик, онда комшија трпи несразмерну штету због подигнутог зида који их заклања и може се позвати на злоупотребу права ради накнаде претрпљене штете);
- *њројивречно њонашање* – начин вршења права супротан начелу међусобног поверења и сарадње (на пример, дужник замоли повериоца да не инсистира на испуњену потраживања у одређеном року, а затим се позове на застарелост потраживања; поверилац подигне тужбу против дужника непосредно након што је од дужника добио обећање да ће дуговано извршити у најкраћем могућем року);