

UDK: 347.13/.14
izvorni znanstveni rad
primljen 6. veljače 2004.

Dr. sc. Silvija Petrić,
docent Pravnog fakulteta u Splitu

RAZVOJ I TEORIJSKE OSNOVE ZABRANE ZLOPORABE PRAVA

Rad se bavi proučavanjem razvoja ideje zabrane zloporabe vršenja subjektivnih prava u oblasti građanskog prava, te teorijskim osnovama ove pravne koncepcije. Postavljanje granica apsolutnoj slobodi titulara subjektivnog prava javlja se već u antičkim pravima, posebno u rimskom civilnom pravu koje na kauzističkoj osnovi, a naročito djelovanjem *ius pretorium* i *ius honorarium*, ograničava pojam apsolutne dominacije ovlaštenika subjektivnog prava, iako ne stvara opći pojam zabrane zloporabe prava. U srednjovjekovnom pravu glosatorska i postglosatorska jurisprudencija razvija ovaj koncept pod snažnim utjecajem s jedne strane običajnog prava, a s druge strane temeljnih religiozno-etičkih postulata kršćanstva. Tako se proširuje i teorijski zaokružuje rimsko shvaćanje zabrane emulacije kao šikanoznog vršenja prava, ali, što je značajnije, u postupku moralizacije prava postavljaju se temelji za opću, tzv. institucionalnu zabranu zloporabe prava kao vršenja prava protivnog prirodnom pravu, moralnim shvaćanjima društva i načelu pravičnosti. Rad analizira i rješenja najvažnijih građanskih kodifikacija u ovoj oblasti, te pravce razvoja ove zabrane u sudskoj praksi i pravnoj znanosti modernog prava. Osim toga, objašnjene su i teorijske osnove ideje zabrane zloporabe prava kao postupanja koje prelazi granice subjektivnog prava priznatog nekim od elemenata pravnog poretka i stoga zabranjenim.

Ključne riječi: subjektivno pravo, zloporaba prava, razlozi prekoračenja granica prava.

1. Uvodna razmatranja

Vršenje bilo kojeg subjektivnog imovinskog prava uvijek znači određeno ograničenje interesne sfere i slobode drugoga ili drugih. Drugim riječima, prednosti koje subjektivno pravo donosi svom titularu istodobno predstavljaju oštećenje interesa onih koji su dužni poštovati to pravo.¹ To je nužna posljedica priznavanja subjektivnog prava kao ovlaštenja na određeno aktivno ili pasivno ponašanje, tj. kao prava da se od druge strane u pravnom odnosu zahtijeva određeno ponašanje ili trpljenje radnje ovlaštenika. Zabrani vršenje svakog subjektivnog prava koje zadire u interesnu sferu drugoga znači-

¹ Primjerice, pravo vjerovnika da u postupku prinudne ovrhe plijeni dobra dužnika uvijek je oštećenje interesa dužnika, pravo vlasnika da isključi sve druge od bilo kakvog utjecaja na stvar znači lišavanje drugih od svih pogodnosti koje donosi uporaba ili korištenje stvari, pravo titulara stvarnog prava na tuđoj stvari isključuje ili ograničava vlasnika u uporabi ili korištenju stvari, itd.

lo bi ne samo paraliziranje pravnog života nego u krajnjoj konzekvenci negaciju samog pojma subjektivnog prava. No, s druge strane, to ne znači da se subjektivno pravo može vršiti apsolutno slobodno, na bilo koji način i u bilo kakvim okolnostima. Nekritično i doslovno shvaćanje ovlaštenja koje norma objektivnog prava daje titularu subjektivnog prava može dovesti do tako teških oštećenja interesa trećih da apsolutno i neograničeno priznavanje subjektivnog prava postaje veoma ozbiljna prijetnja pravdi, odnosno pravičnosti, kao temeljnom cilju ili *ultima ratio* svakog pravnog poretka.

Prema tome, osnovni problem kojeg treba riješiti da bi pravni poredak funkcionirao, a istodobno se, koliko je to moguće, približio ostvarenju ideala pravednosti, jest nalaženje ravnoteže između ova dva suprotna zahtjeva. Apsolutno shvaćen pojam subjektivnog prava znači inzistiranje na tome da upotreba pravnog ovlaštenja ne može dovesti do štete koju pravni poredak priznaje i sankcionira, što je još od rimskih vremena izraženo maksimom *Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur*.² No, s druge strane, slijepo pridržavanje slova zakona često rezultira nepravičnošću, što tako jasno odražava misao *summum ius, summa iniuria*.³ To znači da treba utvrditi granicu do koje je zadiranje u interesnu sferu drugoga ne samo opravdano nego i nužno kao posljedica legitimnosti zahtjeva titulara subjektivnog prava, odnosno utvrditi kada takvo oštećenje prelazi mjeru koju pravni poredak smije tolerirati a da ne ugrozi načelo pravičnosti. Drugim riječima, treba definirati kada se vršenje subjektivnog prava pretvara u svoju negaciju, u ne-pravo.

Od početaka razvoja prava ovaj je problem zaokupljao pravnu praksu i teoriju, te one pokušavaju stvoriti instrumentarij pogodan da omogući kontrolirano vršenje subjektivnih prava. U novije vrijeme, tj. u posljednjih stotinjak godina, ova se pravna ideja izražava na općem planu kao opći teorijski koncept koji se pojavljuje pod nazivom teorija zlorabe subjektivnih prava. Naravno, to ne znači da je zloraba prava instrument ograničenja korištenja subjektivnih prava koji nastaje tek pred stotinjak godina. Posve suprotno, gotovo svi oblici zabrane onoga što danas pravna teorija, zakonodavac ili sudska praksa klasificiraju pod zajedničkim nazivom zabrana zlorabe prava (*abusus iuris*) poznati su u svim ovim sferama pravnog života još od antičkih prava, no opći je koncept artikuliran u pravnoj teoriji tek relativno nedavno, tj. krajem 19. stoljeća. Naziv zloraba prava koji je danas uobičajen, javlja se u pravnoj teoriji i u zakonodavstvu prvi put tek negdje u 18. stoljeću.

No, treba upozoriti da je teorijski koncept zlorabe prava izuzetno složen, te da se radi o pitanju o kojemu u pravnoj teoriji postoje veoma različita, često potpuno suprotna stajališta. Stavovi se ne razlikuju samo u tome što se sve i pod kojim uvjetima smatra zlorabom prava, nego neslaganja još uvijek postoje i na općoj razini, tj. u odgovoru na pitanje je li zloraba subjektivnog prava uopće moguća. To je posve razumljivo budući da nije riječ samo o pravnotehničkom pitanju, o pravnom institutu koji nalazi svoju primjenu u pojedinim oblastima pravnog života, već se radi o problemu koji prvenstveno znači zauzimanje stava prema određenim temeljnim pitanjima teorije prava, pravne filozofije, a svakako implicira i izbor određenih pravopolitičkih ciljeva. Naime, definiranje pojma i oblika zlorabe subjektivnog prava nužno znači definiranje pojma i granica subjektivnog pravnog ovlaštenja. U tom smislu je rasprava o problemu zlorabe prava u građanskoj pravnoj praksi i teoriji ujedno i pitanje opće teorije prava.

² Temeljno načelo rimskog prava postavljeno u Digestama: (*Gaius*, Digesta 50., 17., 55.). Isto: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*. (*Paulus*, Digesta, 50., 17., 151.).

³ *Ciceron*, *De officiis*, I, 10., 33.

Osim toga, ako se na općoj razini prihvati stav da je subjektivno pravo moguće zlorabiti i da je takva zloraba zabranjena, to otvara pitanje mogućeg proširenja ovog koncepta na svako subjektivno pravo, a ne samo subjektivna ovlaštenja koja izvor nalaze u normama građanskog prava.⁴ Stoga ne začuđuje da mnogi autori koji se bave građanskim pravom, a prihvaćaju koncept zabrane zlorabe prava, ističu da se radi o općem pravnom načelu čitavoga pravnog poretka, tj. da je riječ o zabrani koja se proteže na korištenje bilo kojeg subjektivnog prava priznatog u bilo kojoj oblasti javnog ili privatnog prava.⁵

Takvi stavovi najbolje ilustriraju svu kompleksnost i višeslojnost problema zlorabe prava, odnosno ukazuju na činjenicu da je prihvaćanje ovog teorijskog koncepta u građanskom pravu odraz prihvaćanja jednog šireg pravno-filozofskog stava prema granicama koje pravni poredak mora postaviti upotrebi pravnih ovlaštenja uopće. Osim toga, ona podsjećaju da je nastanak i proširenje teorije o zabrani zlorabe prava (i) u građanskom pravu uvijek izraz težnje za moralizacijom prava, odnosno da je problem zlorabe prava jedno od pitanja koja se javljaju u definiranju odnosa pravnog i moralnog poretka na općoj razini. Naravno, treba naglasiti da između zlorabe prava kao instituta građanskog prava i zlorabe ovlaštenja u drugim oblastima, posebno u javnom pravu, postoje bitne razlike, kako u pretpostavkama, tako posebno u posljedicama, ali temeljna pravna ideja od koje se polazi svakako je zajednička.

2. Oblici zabrane zlorabe prava u suvremenom pravu

Da bismo mogli raspravljati o povijesnoj genezi, te razumjeti teorijske i pravno-političke osnove instituta zabrane zlorabe prava, nužno je prethodno barem u osnovnim elementima odrediti što se u suvremenom pravu podrazumijeva pod ovim pojmom. No, kao što je očito već iz uvodnih razmatranja o zlorabi prava, ne radi se o pravnotehničkom pitanju, o institutu koji se može više ili manje uspješno jednoznačno definirati. Za svaki pravni poredak odgovoriti na pitanje što je to zloraba prava za pravo znači zauzeti vrijednosni stav prema problemu u kojim okolnostima po jednom subjektivnom pravu pravni poredak mora uskratiti zaštitu zato što takvo vršenje prava, iako se temelji na pozitivnoj normi, nije prihvatljivo stoga što vrijeđa ili temeljna načela pravnog sustava ili zahtjeve morala. Drugim riječima, pravni poredak mora utvrditi kriterije zlorabe prava.

Za sve je pravne sustave karakteristično da, bez obzira na stanje u zakonodavstvu,⁶ poznaju više kriterija zabrane zlorabe prava. To stoga što su razlozi zbog kojih su pra-

⁴ Tako se pojam zlorabe prava ili ovlaštenja susreće i u drugim granama prava, primjerice u upravnom pravu (npr. zloraba službenog položaja), u radnom pravu (npr. zloraba prava na štrajk, zloraba rada djece), u ustavnom pravu (npr. zloraba ustavnih prava i sloboda), u međunarodnom javnom pravu, u kaznenom pravu, u ratnom pravu i sl.

⁵ Tako vidi: *Blagojević, B.* – *Krulić, V.* Komentar Zakona o obligacijskim odnosima, knjiga I., Savremena administracija, Beograd, 1983., str. 67.; *Perović, S.* – *Stojanović, D.*, Komentar Zakona o obligacijskim odnosima, knjiga I., 1980., str. 131.; *D'Amelio, M.*, Abuso del diritto, Novissimo Digesto italiano, t. I., Utet, Torino, 1967., str. 95. sq.

⁶ Naime, u gotovo svim pravima na zakonskoj razini zabranjuje se samo jedan ili samo neki od oblika zlorabe prava, ali se u pravilu u sudskoj praksi i u teoriji takav ograničeni oblik zabrane zlorabe manje ili više proširuje. Neka prava, kao što je primjerice francusko i belgijsko, čak uopće ne zabranjuju ni jedan oblik zlorabe subjektivnog prava pozitivnim zakonskim normama, ali je djelovanjem sudske prakse i teorije i te kako razraden sustav kriterija zabrane.

vni poreci smatrali da je korištenje subjektivnog prava nedopušteno oduvijek bili toliko različiti da ih nije nikada bilo moguće svesti na zajednički «nazivnik».⁷ Svaki pokušaj da se definira jedinstveni kriterij zlorabe prava osuđen je ili na definiciju koja nužno ne obuhvaća sve oblike moguće zlorabe prava, ili je toliko općenita i neodređena da otvara vrata arbitrarnosti suda i stvara pravnu nesigurnost koja se ne može tolerirati.⁸ Naravno, moguć je i kazuistički način definiranja zlorabe prava, tj. metoda nabiranja oblika uporabe subjektivnih prava koji se u određenom pravnom poretku smatraju nedopuštenima. S pravnopraktičnog, pa i s pravnoteorijskog stajališta, takva je metoda svakako najkorisnija i najispravnija, ali se postavlja pitanje koliko je podesna kao model zakonske definicije, budući da joj nedostaje općenitost i da «zatvara» vrata prihvatanju eventualnih novih kriterija nedopuštenosti vršenja subjektivnog prava.

Pregled rješenja u usporednom i u našem pravu pokazuje da se zabrana vršenja prava temelji na sljedećim kriterijima (razlozima):

1. Protuciljno vršenje prava

Smatra se da zlorabotrebjava svoje pravo onaj tko ga vrši protivno cilju koji je normotvorac imao na umu kada je priznao subjektivno pravo i pružio mu pravnu zaštitu. Ovaj kriterij zlorabe prava po prvi put je na zakonodavnoj razini definiran u Građanskom zakoniku Rusije iz 1922. godine (čl. 1.), a prihvatili su ga kao načelo zabrane zlorabe prava i građanski zakonici gotovo svih zemalja bivšeg socijalističkog bloka.⁹ I odredba čl. 13. Zakona o obveznim odnosima¹⁰ također zabranjuje protuciljno vršenje prava, štoviše, ako se ova odredba doslovno tumači, ZOO zabranjuje isključivo ovaj oblik zlorabe prava.¹¹ Naime, čl. 13. ZOO-a dio je Glave I. koja regulira «Osnovna načela», što znači da se zabrana protuciljnog vršenja prava podiže na razinu općeg načela obveznog prava.

Sva subjektivna prava dodjeljuju se očigledno radi ostvarenja određenih interesa (ciljeva) koje zakonodavac (normotvorac)¹² smatra vrijednostima koje zaslužuju njegovu zaštitu. Ako subjekt vršenjem prava ostvaruje interese koji nisu obuhvaćeni ciljem norme, takvo je vršenje zloraba prava. Ovaj je tzv. institucionalni vid zlorabe objektivno određen, tj. nije ovisan o postojanju namjere da se drugome nanosi šteta, pa čak niti znanja o tome da se pravo vrši protivno cilju zbog kojeg ga je normotvorac priznao.

⁷ Zapravo, jedino što je zajedničko za sve oblike zlorabe prava jest činjenica da ih pravni poredak zabranjuje i sankcionira. No, to nikako nije dovoljno za definiciju zlorabe, posebno stoga što zloraba nije jedini oblik ponašanja koji je pravno nedopušten i sankcioniran.

⁸ Jedan od takvih pokušaja je i stav francuskog teoretičara Jossieranda (*Jossierand, L., De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939.), prema kojemu je opći kriterij zlorabe prava nedostatak legitimnog motiva za vršenje prava.

⁹ Više vidi: *Vodinić, V., Takozvana zloraba prava*, Beograd, 1997., str. 17. sq.

¹⁰ Zakon o obligacijskim odnosima, Sl. l. SFRJ br. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89, Zakon o preuzimanju Zakona o obligacijskim odnosima, Sl. list RB i H 2/92-102, 13/93-132. (dalje: ZOO).

¹¹ Čl. 13.: Zabranjeno je vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.

¹² Iako čl. 13. ZOO-a govori o suprotnosti cilju zbog kojeg je pravo «zakonom» priznato, očigledno je da pojam norme koja određuje cilj subjektivnog prava treba tumačiti šire. To može biti bilo koji normativni akt iz kojeg izvire subjektivno pravo, uključujući i pravila običajnog prava i pravne poslove. Tome u prilog govori pravilo o tumačenju nejasnih odredaba pravnih poslova koje inzistira na pronalaženju «zajedničke namjere ugovaratelja...» (čl. 99/2 ZOO).

No, ovakvo se definiranje zlorabe prava često izvrgava kritici, i to iz više razloga. Jedan je svakako činjenica da ovaj kriterij zahtijeva ispravno teleološko tumačenje norme objektivnog prava, tj. definiranje cilja zbog kojeg je subjektivno pravo priznato. Precizno utvrditi cilj priznavanja subjektivnog prava još može biti relativno jednostavno ako se ograničimo na subjektivno teleološko tumačenje, odnosno ako istražujemo cilj koji je normotvorac imao na umu kada je priznavao subjektivno pravo. No, ako se traži objektivno prihvatljivi cilj norme u vremenu i okolnostima u kojima se norma primjenjuje, tj. ako se rabi metoda objektivnog ciljnog tumačenja (što je jedino ispravno), to uvijek implicira zauzimanje vrijednosnih stavova i predstavlja prilično težak zadatak. Naročito je traženje cilja zbog kojeg pravni poredak štiti određeno subjektivno pravo složeno ako se radi o pravima koja su sveobuhvatna, široka i priznata radi ostvarenja niza različitih interesa i ciljeva.¹³ Osim toga, širina i nepreciznost ovog kriterija nesumnjivo dovodi do realne opasnosti od samovolje i arbitrarnosti u tumačenju cilja norme, a time ugrožava pravnu sigurnost.

2. Vršenje prava s namjerom da se drugome nanese šteta

Zloupotrebljava svoje pravo u svakom slučaju i titular koji to pravo vrši s namjerom nanošenja štete drugome. Ova subjektivna koncepcija zlorabe prava, poznata pod nazivom šikana, povijesno je najstarija, a susreće se čak često i kao jedini kriterij u brojnim zakonodavstvima. Tako je šikana zabranjena u talijanskom Građanskom zakoniku (čl. 833.),¹⁴ u austrijskom Općem građanskom zakoniku (čl. 1295. st. 2.),¹⁵ u njemačkom Građanskom zakoniku (čl. 226.),¹⁶ u hrvatskom pravu zabranu šikane predviđa Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (čl. 38. st. 1.),¹⁷ itd. No, činjenica da ovi zakoni izričito zabranjuju samo šikanu ne znači nikako da se pojam zabranjene zlorabe prava u ovim sustavima svodi samo na ovaj oblik. Djelovanjem sudske prakse i pravne teorije u ovim je pravima pojam zlorabe prava proširen i na ostale vidove. Isto tako, i u pravnim sustavima koji na zakonodavnoj razini izričito ne predviđaju zabranu šikane, ona je redovito sankcionirana u sudskoj praksi kao flagrantan oblik zlorabe.

Bitan element ovog oblika zlorabe prava je *animus nocendi*, tj. namjera nanošenja štete drugome. S obzirom na činjenicu je li namjera nanošenja štete drugome jedini ili samo jedan od ciljeva (ali uvijek najvažniji) razlikuje se tzv. šikana u užem i šikana u širem smislu riječi.¹⁸ Osim namjere, elementi ovog oblika zlorabe su i stvarno pretrpljena šteta ili smetanje trećega, te uzročna veza između korištenja prava s namjerom nanošenja štete i šteta.

Potrebno je naglasiti da se ovaj oblik zlorabe prava može u velikom broju slučajeva kao uži pojam podvesti pod protuciljno vršenje prava jer je cilj nanošenja štete drugome nesumnjivo zabranjeni cilj, tj. ni jedno ovlaštenje nije objektivnim pravom priznato radi ostvarenja takvog cilja. No, ukoliko to nije jedini, nego tek jedan od ciljeva

¹³ U tu skupinu svakako spada pravo vlasništva i ostala stvarna prava.

¹⁴ *Codice civile*, decreto 16 marzo 1942, n. 262(I), (G.U. del 4. aprile 1942, 79 e 79 bis).

¹⁵ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Kaiserliches Patent vom 1. juni 1811., Inkrafttredatum: 1812. 01.01, JGS 946., zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 118/2002 (dalje: ABGB).

¹⁶ *Bürgerliche Gesetzbuch*, 18. kolovoza 1896 (RGBl. S. 195), (dalje: BGB).

¹⁷ Narodne novine 91/96.

¹⁸ Uži pojam šikane prihvaća talijansko i njemačko pravo, dok u austrijskom pravu sudska praksa formulaciju zakona, koja nesumnjivo predviđa također uži pojam šikane, tumači šire, tj. ovom zabranom obuhvaća i šikanu u širem smislu.

koji rukovodi ovlaštenika, dok su ostali ciljevi pravom priznati i garantirani, šikanozno vršenje prava ne može se smatrati protuciljnim vršenjem prava.

3. *Vršenje subjektivnog prava bez opravdanog interesa*

Vršenje prava može biti njegova zloporaba i ako se pravo vrši bez ikakvog opravdanog interesa, ili zbog zanemarivo značajnog interesa za ovlaštenika prava.¹⁹ Takvo vršenje prava ne mora biti u suprotnosti s ciljem zbog kojeg je pravo priznato, a ipak se u sudskoj praksi i u pravnoj znanosti smatra zloporabom prava.²⁰ To stoga što pravni poredak ne može tolerirati vršenje prava koje za ovlaštenika nema nikakvog ili ima samo zanemarivi interes, a takvo vršenje nanosi štetu trećima. Treba napomenuti da se beskorisnost vršenja prava veoma često pojavljuje u slučajevima u kojima se zapravo pravo vrši s isključivim ciljem nanošenja štete drugome. Upravo stoga što je jedini cilj vršenja prava nanošenje štete drugome za titulara vršenje takvog ovlaštenja nema nikakvog objektivnog i pravno priznatog interesa. U takvim slučajevima se beskorisnost vršenja prava koristi kao kriterij koji omogućava zabranu ponašanja titulara, čime se znatno olakšava položaj oštećenoga jer ne mora dokazivati postojanje namjere nanošenja štete, što bi morao da se poziva na šikanu. Naravno, beskorisno vršenje prava predstavlja zabranjenu zloporabu i onda kada nije istodobno prisutan i subjektivni kriterij šikanoznog vršenja prava.

4. *Nerazmjerno vršenje prava*

Iako se rijetko pojavljuje u zakonodavstvu kao izričito navedeni kriterij zabrane zloporabe prava,²¹ u većini pravnih sustava zloporabom prava smatra se i uporaba subjektivnog prava radi ostvarenja nerazmjerno manje vrijednog interesa u odnosu na interes trećeg koji se vršenjem prava vrijeđa.²² Naravno, vršenje svakog subjektivnog prava znači određeno oštećenje interesa drugoga, i sama činjenica da se drugome šteti više nego što se sebi pogoduje ne znači automatski zloporabu prava. No, kada postoji veoma izražen, grub i očigledan nerazmjer između vlastitog interesa kao neznatnog i značajne povrede interesa drugoga, vršenje prava se pokazuje kao neopravdano i stoga zabranjeno.²³ Ovaj je kriterij zloporabe prava u svim pravima postavljen objektivno, tj. ne mora postojati namjera da se ošteti drugoga, pa čak niti svijest da se vršenjem vlastitog prava mogu oštetiti interesi drugoga.

5. *Neprimjereno vršenje prava*

Slična osnova za proglašenje vršenja prava zloporabom je i tzv. neprimjereno vršenje prava, poznato kao tzv. načelo pošteđujućeg vršenja prava. Prema tom načelu, nedopuštenim se smatra vršenje prava na način koji je za drugoga škodljiv ili opterećuju-

¹⁹ Npr. zahtjev za ispunjenje činidbe koju vjerovnik mora u neposrednoj budućnosti vratiti dužniku; vršenje prava zaloga ili prava retencije radi osiguranja tražbine koja je dovoljno osigurana drugim sredstvima i sl.

²⁰ Vizner, B., Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, 1980., str. 81.; Perović, – Stojanović, op. cit., str. 136.

²¹ O pravima u kojima je ovaj kriterij izričito zakonom predviđen vidi: Vodinelić, op. cit., str. 15.

²² Npr. jednostrani raskid ugovora ili zahtjev za isplatu ugovorne kazne zbog neispunjenja nerazmjerno malog dijela dugovane prestacije.

²³ Naravno, nije moguće unaprijed propisati «mjeru» disporporcije između dva interesa, to pitanje uvijek ostaje sudskoj praksi da ga riješava u konkretnim okolnostima slučaja, ali je nesumnjivo da nerazmjera mora biti toliko snažna da opravdava uskratu zaštite subjektivnom pravu.

ći, a u konkretnim okolnostima slučaja moguće je pravo vršiti i na neki drugi način koji je manje tegoban (tj. pošteđujući) za drugu stranu. Neprimjerenost vršenja prava može proizlaziti iz različitih okolnosti, primjerice mjesta na kojem se pravo vrši, vremena izabranog za vršenje prava, načina, mjere ili forme u kojoj se pravo vrši, osobe koja ga vrši i sl.²⁴ Naravno, nema zlorabe prava ako bi pošteđujuće vršenje prava zahtijevalo od titulara da žrtvuje svoj značajan interes koji ostvaruje ovakvim izborom načina vršenja prava. I ovaj se kriterij u sudskoj praksi uvijek procjenjuje objektivno, tj. nije potrebna namjera da se drugoga ošteti izborom načina vršenja prava, niti svijest o tome da se takvim izborom drugome šteti. Treba naglasiti da je pravna ideja koja stoji iza shvaćanja da je ovakvo korištenje prava zloraba u većini pravih sustava temelj određenih zakonskih ograničenja vršenja stvarnopravnih ovlaštenja,²⁵ pa se u takvim slučajevima pravnotehnički ne radi o pozivanju na zabranu zlorabe prava.

6. Zabrana proturječnog ponašanja titulara subjektivnog prava

Poseban slučaj zloupotrebe prava predstavlja tzv. proturječno ponašanje, tj. vršenje prava koje je u neskladu s ranijim, dopuštenim ponašanjem ovlaštenika prava u koje se druga strana osnovano pouzdala. Radi se o institutu poznatom pod nazivom *venire contra factum proprium* koji je veoma rijetko izričito u zakonu predviđen kao kriterij zabrane zlorabe prava, no u sudskoj praksi zemalja koje imaju dobro razvijen instrumentarij sprječavanja zlorabe pravnih ovlaštenja ova je osnova zabrane jedna od najčešće upotrebljivanih u sudskoj praksi.²⁶ Osim toga, ideja da je proturječno ponašanje koje šteti interesima druge strane zabranjeno, temelj je mnogih pravnih instituta priznatih u civilnom pravu većine zemalja, primjerice, odgovornost za neopravdano oduzimanje od pregovora (*culpa in contrahendo*), stjecanje vlasništva i založnog prava od nevlasnika, stjecanje vlasništva građenjem na tuđem zemljištu, gubitak prava služnosti zbog nevršnja itd.

Iako ne postoji opća obveza subjekta da se u korištenju pravnih ovlaštenja uvijek ponaša na konzistentan način, odnosno načelno ne postoji niti može postojati načelna vezanost ranijim ponašanjem, pod određenim uvjetima kontradiktornost u ponašanju može predstavljati zlorabu prava, iako ni prethodno ni aktualno ponašanje nisu, uzeta svako za sebe, zabranjena. No, ako je ranije ponašanje ovlaštenika prava opravdano stvorilo uvjerenje kod druge strane da će se titular i dalje tako ponašati, radi se o povredi koja može konstituirati elemente zlorabe ovlaštenja.²⁷ Prethodno ponašanje ovlaštenika koje stvara opravdano povjerenje druge strane može biti i pasivno i aktivno (tj. nevršenje i vršenje prava), ali u svakom slučaju mora biti ponašanje koje je rezultat njegova slobodnog izbora, a ne vezanosti titulara pravnom normom. Osim toga, promjena

²⁴ Više o pojedinim slučajevima neprimjerenog vršenja prava, vidi: *Vodinić*, op. cit. str. 22. sq.

²⁵ Primjerice, pravila o vršenju stvarnih služnosti *civiliter*.

²⁶ Više vidi: *Perović - Stojanović*, op. cit. str. 118. sq.; *Vizner*, Komentar Zakona o obveznim odnosima, knjiga I, Zagreb, 1978., str. 78.

²⁷ Tako se smatra da zloupotrebljava svoje prava titular iz čijeg se ponašanja osnovano može zaključiti da neće vršiti svoje pravo, a onda to pravo zahtijeva; *venire contra factum proprium* postoji i ako dužnik svojim ponašanjem zadržava tužitelja od pravodobnog ostvarenja zahtjeva obećavajući mu ispunjenje, a onda se poziva na zastaru tužbenog zahtjeva; isto vrijedi i ako je, primjerice, prodavatelj konkludentnim radnjama prihvatio reklamaciju fizičkih nedostataka stvari (tražio je da mu se stvar dostavi, ispitivao je njene nedostatke i sl.), a kasnije se poziva na nepravodobnost reklamacije o nedostacima; ugovorna stranka je određeno vrijeme uživala koristi iz ugovora, a kada mora izvršiti protučinidbu, poziva se na ništovost ugovora zbog nedostatka zakonom propisane forme ugovora, i sl.

u ponašanju mora biti neopravdana i mora u nesumnjivom uzročno-posljedičnom slijedu dovesti do oštećenja interesa druge strane. Namjera oštećenja nije element potreban za ovaj oblik zlorabe.

Svakako treba naglasiti da su slučajevi proturječnog ponašanja veoma specifični i često zahtijevaju postojanje različitih pretpostavki. Radi se o veoma osjetljivom području u kojem je potrebno uzimati u obzir čitav niz različitih faktora, ovisno o vrsti proturječnog ponašanja.²⁸ Tako, primjerice, uvijek treba ispitati koliko je osnovano pouzdavanje drugoga u prethodno ponašanje titulara prava, zatim je li on to pouzdavanje na određeni način pokazao titularu svojim aktivnim ili pasivnim ponašanjem, u pravilu se zahtijeva da postoje i određenih popratnih okolnosti koje opravdavaju pouzdavanje drugoga u ponašanje titulara, a u slučajevima u kojima se prethodno ponašanje sastoji u nevršenju prava od značenja za isključenje zabrane proturječnog ponašanja može biti i okolnost da titular prava opravdano nije znao da pravo ima, te ga stoga nije vršio, itd.

7. Vršenje prava protivno moralu ili pravičnosti

Vršenje vlastitog prava može biti u skladu s pravom, ali suprotno moralnim stavovima društva, te pravna praksa većine zemalja prepoznaje ovaj razlog kao osnovu zabrane zlorabe prava.²⁹ Naravno, ne radi se o primjeni kriterija individualnog morala, nego o suprotnosti uporabe prava moralnim postulatima društvene zajednice. To ujedno znači da za zabranu uporabe prava nije potrebna svijest o nemoralnosti vlastitog ponašanja. No, u svakom slučaju, da bi se zabranilo nemoralno vršenje prava, potrebno je da je drugome od toga nastala šteta. Ponašanje koje se ne može zabraniti pozivom ni na jedan ranije navedeni kriterij može biti pravno neprihvatljivo zato što vrijeđa temelje moralnog shvaćanja.³⁰ Primjerice, stranka koja je skrivila nevaljanost ili nepostojanje zakonske forme ugovora odbija izvršiti obveze iz ugovora pozivajući se na nedostatak forme, vjerovnik koji spriječi glavnog dužnika da izvrši obvezu traži izvršenje obveze od jamca, prigovor zastare koristi stranka koja je drugu stranu svjesno navela da vjeruje da tužba neće biti potrebna za ostvarenje prava, i sl.³¹ Ova osnova zabrane zlorabe prava veoma je široka i difuzna, te zahtijeva od suca da svoju odluku razložno i jasno utemelji u široko prihvaćenim moralnim standardima zajednice.

²⁸ To stoga što se ovdje mora uvijek voditi računa o dva suprotna načela. S jedne strane je to načelo zaštite povjerenja i savjesnosti, a s druge strane je temeljno načelo da nitko nije vezan svojim ranijim ponašanjem. Ako je ovlaštenik prava koji odstupa od ranijeg ponašanja postupao dolozno, odluka je svakako olakšana, ali namjera oštećenja interesa drugoga nije konstitutivni element instituta *venire contra factum proprium*.

²⁹ Iako se u većini zemalja na zakonodavnoj razini nemoralnost vršenja prava ne navodi kao izričita osnova zlorabe prava, temeljna pravna načela većine građanskih zakonika omogućavaju sudskoj praksi da zabrani vršenje prava koje je protivno moralu (primjerice, pozivanjem na čl. 12. ZOO-a ili na čl. 242. BGB-a, čl. 2. st. 2. Švicarskog Građanskog zakonika (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210. (dalje: ZGB)), a i u zemljama u kojima zakon ne daje takve osnove sudske praksa i pravna teorija nepodijeljeno zauzimaju stav da moral predstavlja granicu vršenja subjektivnih prava. Više o odnosu prava i morala vidi: Fuller, L., *Moralnost prava*, CID, Podgorica, 1999.; Greenawalt, K., *Conflicts of Law and Morality*, Clarendon Law Series, Oxford, 1987.; Perelman, C., *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968.; Villey, M. – Villey, M., *Morale et droit*, in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, 1969.

³⁰ Naravno, veoma često element povrede pravila morala postoji i kada su ispunjene pretpostavke za zabranu vršenja prava pozivom na neki od ranije navedenih kriterija. Tako, primjerice, šikanozno vršenje prava, u pravilu, predstavlja ujedno i povredu morala.

³¹ U svim slučajevima zabrane nemoralnog vršenja prava zapravo se radi o ostvarenju ideje *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Veoma blizak moralnom kriteriju je i kriterij pravičnosti vršenja vlastitog prava. Pravičnost ponašanja je zahtjev koje se veoma često u pravnoj teoriji i sudskoj praksi pojmovno izjednačava s moralom, odnosno shvaća se kao jedan aspekt moralnosti postupanja. No, kriterij pravičnosti je ipak nuždan za razvijanje ustanove zabrane zloporabe prava, jer je moguće da je ponašanje titulara prema interesima druge strane nepravično, iako istodobno nije i nemoralno, niti se može podvesti pod neki od ostalih razloga zabrane vršenja prava. No, radi se o ponašanju koje je prema drugoj strani nepravično i stoga se kosi s prihvaćenim stavovima društva o dopuštenosti korištenja prava.

Svi se ovi kriteriji ili razlozi ograničavanja slobode titulara u vršenju subjektivnog prava susreću manje više u svim značajnijim pravnim sustavima, bez obzira predviđa li ih zakon kao izričite osnove zabrane vršenja subjektivnog prava, ili su kao takvi ustanovljeni djelovanjem sudske prakse i pravne znanosti. No značajno je uočiti da iza svakog od ovih razloga zbog kojih pravni poredak zabranjuje vršenje subjektivnog prava stoji različita pravna ideja i, kako se ističe u pravnoj teoriji,³² ni jedan od ovih razloga nije «opći» u odnosu na ostale kao «posebne», svaki od njih ima samostalno polje primjene i opći pojam zloporabe prava ne može se izjednačiti ni s jednim posebnim razlogom ili kriterijem zloporabe.³³ Drugim riječima, ni jedan razlog nije «derivat» nekoga drugog kao njegova podvrsta ili poseban oblik, niti je ijedan razlog uvijek «sadržan» u nekom drugom. I iako se svi oni mogu u konkretnim slučajevima međusobno ispreplitati, i iako je gotovo pravilo da se u jednom ponašanju mogu uvijek naći elementi dva ili više razloga zabrane zloporabe prava,³⁴ svaki od njih je samostalna osnova koji ne može biti zamijenjen nekim drugim i svaki je od njih uvijek zasebno dovoljan da dovede do zabrane uporabe prava. Prema tome, za svaki je pravni poredak svaki od razloga koje taj poredak u bilo kojem dijelu³⁵ priznaje kao osnova zabrane uporabe prava nužan element definicije zloporabe, a kako svaki od njih odražava različitu pravnu ideju, postaje jasnije zašto je zloporabu prava kao opći pojam gotovo nemoguće precizno definirati.

Osim toga, treba se podsjetiti da je pravna misao o granicama koje pravni poredak mora postaviti vršenju subjektivnih prava, a da se ono ne bi pretvorilo u nenormalnu, lošu i sa stajališta moralnog sustava i načela pravičnosti neprihvatljivu uporabu objektivnih pravom priznatih ovlaštenja, temelj mnogih postojećih ustanova građanskog prava.³⁶ Naime, mnogi pravni instituti, a većina korijen ili čak sasvim razvijeni oblik nalaze još u rimskom pravu, rješenja su ovog problema u konkretnim situacijama u kojima pravičnost zahtijeva da se postave granice vršenju subjektivnog prava u onom obliku u kojem ga pravna norma priznaje. Primjerice, prigovor neispunjenja ugovora, klauzula *rebus sic stantibus*, pravo zadržanja, načelo vršenja služnosti *civiliter*, susjedska prava,

³² Vidi: Vodinelić, op. cit., str. 58. - 97.

³³ Iako se u pravnoj znanosti često susreću stavovi po kojima su neki razlozi «viši» ili «opći» u odnosu na ostale. Najčešće se kao takav apsotrofira razlog protuciljnog vršenja prava ili razlog nemoralnog ili nepravičnog vršenja prava. O takvim stavovima u francuskom pravu više vidi: *Ghestin, J. – Goubeaux, G., Traite de droit civil, L. G. D. J., Paris, 1977, str. 577. sq.*; za naše pravo vidi: *Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim odnosima, str. 81. sq.*

³⁴ Primjerice, šikanozno vršenje prava je u pravilu istodobno i nemoralno i protuciljno vršenje prava, proturječno vršenje prava također je najčešće istodobno i nepravično, prekomjerno vršenje prava je najčešće i protuciljno, itd.

³⁵ Zakonodavstvu, sudskoj praksi ili pravnoj znanosti.

³⁶ Naravno, i u drugim granama prava postoje ustanove koje *ratio legis* nalaze u ideji o ograničenju subjektivnih prava, no na ovom mjestu se bavimo samo ulogom pojma zloporabe prava u građanskom pravu.

zabrana imisija, kompenzacija potraživanja, zastara potraživanja, pravila o konvalidaciji ugovora kojem nedostaje forma, fikcija ispunjenja i fikcija izjalovljenja uvjeta, odgovornost za vođenje pregovora bez namjere da se sklopi ugovor ili za odustajanje od pregovora bez osnovanog razloga, ništavost klauzula općih uvjeta ugovora protivnih svrsi ugovora, paulijanske tužbe, nemogućnost jednostranog raskida ugovora zbog neispunjenja neznatnog dijela obveze, stjecanje prava vlasništva ili založnog prava od ne vlasnika, liberatorna uzukapija, itd. U svim takvim slučajevima nema potrebe pozivati se na načelo zabrane zloporabe prava jer se radi o etabliranim pravnim institutima, preciznim i određenim zakonskim zabranama određenog ponašanja. No, da takvih izričitih zabrana nema (i u pravnim sustavima u kojima ih eventualno nema), sva bi se ovakva ponašanja mogla sankcionirati pozivom na neki od razloga zabrane zloporabe prava.

3. Povijesni razvoj instituta zabrane zloporabe prava

3.1. Odnos rimskog prava prema zloporabi prava

3.1.1. Općenito o odnosu rimskog prava prema problemu zloporabe prava

Kako je već naglašeno, iako je opći teorijski koncept zabrane zlopotrebe prava u pravnoj znanosti zaokružen tek u novije vrijeme, već je rimsko pravo poznavalo različite oblike zabrane vršenja subjektivnih prava koji su izraz ovoga općeg načela. No, prema vladajućem stanovištu romanistike, rimsko pravo nije ni u carskim konstitucijama ni u jurisprudenciji nikada stvorilo opće načelo zabrane zloporabe prava, niti se u rimskim izvorima može naći spominjanje takvog izraza.³⁷

Ali, kako je rimska jurisprudencija, posebno kroz *ius honorarium* i *ius praetorium*, zapravo bila kreativni tumač *ius civile* i *ius gentium*, ona je stalno prilagođavala i razvijala postavljeni sustav pravnih pravila novim okolnostima i potrebama. Osim toga, iako je rimskom pravniku veoma jasna distinkcija između sustava pravnih i moralnih normi, specifičan sustav pretorskog stvaranja prava omogućavao je stalnu «moralizaciju» prava, tj. unošenje u pravni sustav korekcija koje je nametalo moralno shvaćanje sredine.³⁸ Stoga je za rimsko pravo karakteristično da pravo shvaća kao sustav koji mora vjerno odražavati moralna pravila.³⁹ Posljedica takvog stava je i veoma široko i elastično shvaćanje pojma nedopuštene, zabranjene radnje kao osnova za tužbu, koja dopušta da se i vršenje vlastitog prava može smatrati nedopuštenim, dakle upotrebom prava koja predstavlja zabranjenu radnju.⁴⁰

Dakle, iako rimsko pravo ne poznaje opći koncept zabrane zloporabe prava, pravna ideja da vršenje vlastitog prava može biti protivno moralu, pravičnosti, dobrim običajima, dobroj vjeri, a to znači i pravu, rezultira čitavim nizom posebnih zabrana vršenja subjektivnog prava koje se praktički svode na zabranu zloporabe prava u objektivnom

³⁷ Tako vidi: *Bonfante*, Corso di diritto romano, II: La proprietà, Roma, 1926., str. 289. sq.; *Riccobono*, S., La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana, *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 1939/1.; *Grosso*, G., Abuso del diritto, *Diritto romano*, *Enciclopedia del diritto*, Tomo I., Giuffrè editore, Milano, 1958., str. 161. sq.

³⁸ Najbolji primjer za to je veoma široka upotreba načela *exceptio doli generalis* i *actio doli*.

³⁹ *Ius est ars boni et aequi*.

⁴⁰ *Quae dolo malo facta esse dicuntur*.

smislu. Ali, uvijek se radi o kazuističkom pristupu, tj. o rješavanju pojedinih konkretnih problema vezanih za uporabu određenih ovlaštenja u određenim specifičnim okolnostima.

3.1.2. Zabrana tzv. emulacije u rimskom pravu

No, treba napomenuti da se u dijelu teorije rimskog prava smatra da Digesta ipak na određeni način postavljaju glavne elemente općeg pojma zabrane jednog oblika zloporabe prava, a to je zabrana tzv. emulacije ili emulativnih akata (*aemulatio*).⁴¹ Radi se o vršenju ovlaštenja koja normalno predstavljaju dio subjektivnog prava titulara, ali se u konkretnim okolnostima vrše bez ikakve ili s minimalnom koristi za titulara, a u cilju da se drugome nanese šteta.⁴² Zabrana ovakvog ponašanja u rimskim izvorima susreće se u svezi s uređenjem prava vlasnika susjednih nekretnina, a posebno u svezi s pravom na korištenje vrela vode. Naime, pretorsko pravo je stvorilo tužbu *actio aquae pluviae arcendae* upravljenu na zaštitu jednog od vlasnika susjednih nekretnina u slučaju da je vlasnik jednog zemljišta radovima na svom zemljištu utjecao da se na bilo koji način promijeni postojeće stanje korištenja vrela ili toka vode na susjednom zemljištu (npr. tako što je promijenio tok vrela vode, ili tako što je lišio susjedno zemljište vode ili je na susjedno zemljište naveo tijek vode i sl.).⁴³ Tekstovi koji se bave ovim problemom precizno definiraju kriterije koji moraju biti ispunjeni da bi takvo vršenje vlasničkih ovlaštenja bilo izloženo *actio doli*, i pozivaju se na povredu *aequitas* kao temelj uskrate vlasničkih ovlaštenja, pa se stoga u teoriji smatra da su time postavljene osnove za generalni institut zabrane šikanoznog vršenja prava.

Kriteriji koji moraju biti kumulativno ispunjeni su nanošenje štete drugome, nepostojanje koristi za titulara prava i *animus nocendi*. Nedostatak bilo kojeg od tih elemenata čini zadiranje u tuđu pravnu sferu dopuštenim.⁴⁴ Pravila koja je rimsko pravo razvilo u ovoj oblasti odraz su nastojanja da se utvrdi granica između dva pravna ovlaštenja koja nužno utječu jedno na drugo i sukobljavaju se ako se definiraju kao apsolutne sfere dominacije. Time se određuju negativne granice vršenja prava vlasništva, barem u odnosu na korištenje voda, ali je značajno da se uvijek inzistira na, u biti, objektivnom kriteriju da je šteta posljedica namjere nanošenja štete drugome, iako istodobno ne postoji nikakav ili zanemariv interes titulara za takvo vršenje vlasničkih ovlaštenja. No, iako je zbog ograničenosti ovih rješenja na jedno strogo individualizirano područje (tj. korištenje izvora voda) veoma teško braniti stav da ona predstavljaju opću teoriju zabrane šikanoznog vršenja subjektivnog prava u rimskom pravu, jasno i općenito definirani kriteriji nedopuštenosti takvog ponašanja ipak možda dopuštaju da se zaključuje kako se radi o jednoj općoj tendenciji razvoja rimskog civilnog prava.

⁴¹ No, naziv *aemulatio* kao oznaka ovog pravca pravnog razmišljanja ne susreće se u rimskim izvorima, već ga je skovala srednjovjekovna glosatorska i postglosatorska jurisprudencija.

⁴² Više o pojmu emulacije u rimskom pravu vidi: *Grosso, G., Atti emulativi, Diritto romano, Enciclopedia del diritto*, Tomo I., Giuffrè editore, Milano, 1959., str. 27. sq.

⁴³ *Ulpijan*, Digesta 39., 3., 1., 11-12.; *Paulus*, Digesta, 39., 2., 5.

⁴⁴ *...si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. Ulpijan*, Digesta 39., 3., 1., 11. - 12.

3.1.3. O drugim oblicima zabrane korištenja vlastitog prava u rimskom pravu

U biti, isto pravno razmišljanje susreće se i u uređenju pravila o stvarnim pravima na tuđoj stvari (*iura in re aliena*), tj. u definiranju ovlaštenja kojima titular takvog prava ograničava vlasnika.⁴⁵ Jednako tako, pretorsko pravo ne tolerira situaciju u kojoj nasljednik ne prihvaća nasljedstvo da bi izbjegao terete postavljene u oporuci, ali stječe nasljedstvo po drugoj osnovi.⁴⁶

U oblasti ograničenja vlasničkih prava zbog ponašanja vlasnika koje je suprotno moralnim zahtjevima, ali istodobno i javnom interesu, treba spomenuti stav prema kojemu se vlasnika roba koji se prema robu ponašao okrutno prisiljava da roba proda. Interesantno je da u tom kontekstu Gajeve Institucije⁴⁷ upotrebljavaju maksimu čiji doslovni prijevod zapravo znači izričitu zabranu zloporabe prava: *male enim iure uti non debemus*,⁴⁸ i *expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur*.⁴⁹

Brojna ograničenja uporabe subjektivnog prava susreću se i u oblasti obveznopravnih odnosa. Tako je proizvod istog *ratio legis* i prigovor prodane i predane stvari,⁵⁰ kao sredstvo protiv reivindikacijskog zahtjeva tužitelja koji je zahtijevao povrat prodane stvari pozivajući se na nevaljanost ugovora zbog nepoštivanja formalnih pretpostavki za nastanak ugovora o prodaji. Isto vrijedi i za prigovor protiv zahtjeva kojim tužitelj traži nešto što će morati neposredno nakon toga opet vratiti tuženome.⁵¹

Široko priznavanje *actio doli* štiti subjekta i od zloporaba pravnih ovlaštenja u procesnom pravu. Tako tužitelj koji je zbog ponašanja tuženika koje se može okarakterizirati kao protivno savjesti i poštenju, odnosno načelu dobre vjere (*bona fides*) izgubio pravo da pravodobno sudskim putem ostvari svoje pravo, može to pravo ipak ostvarivati pred sudom.⁵²

Treba napomenuti da su ovo samo neke ilustracije rimskog shvaćanja o granicama uporabe subjektivnih pravnih ovlaštenja.⁵³ No, za nabrojene i sve ostale slučajeve zajedničko je da predstavljaju zabranu vršenja pravnih ovlaštenja na način i u okolnostima koje se danas definiraju kao neki od oblika zloporabe subjektivnog prava. Stoga se može zaključiti da je kazuistički pristup rješavanju problema, tako karakterističan ne samo za ovu oblast nego za rimsko civilno pravo uopće, osiguravao visoki stupanj moralizacije prava i učinkovitu zaštitu od mnogih oblika prekomjernog ili nesavjesnog korištenja pravnih ovlasti, iako na općoj ravni nije bilo definirano opće načelo zabrane zloporabe prava, pa čak niti opća pravila o zabrani pojedinih oblika zloporabe kakva su poznata u

⁴⁵ Tako rimsko pravo postavlja i danas temeljno pravno načelo da se služnosti moraju vršiti *civiliter*. (Celsus, Digesta 8., 1., 9.)

⁴⁶ Naravno, to vrijedi samo ako iz volje ostavitelja ne proizlazi da je želio nasljednika osloboditi tereta. Više vidi: Grosso, Abuso del diritto, Diritto romano, str. 162.

⁴⁷ Inst. 1., 53.

⁴⁸ Romac, A., Rječnik latinskih izraza, Informator, Zagreb, 1992., str. 343., ovu maksimu prevodi: "Ne treba, dakako, da zlorabimo svoje pravo".

⁴⁹ Inst. 1. 8., 2.

⁵⁰ *Exceptio rei venditae et traditae*. Paulus, Digesta, 4., 3., 18., 4.

⁵¹ *Dolo agit qui petit quod redditurus est*. Paulus, Digesta, 44., 4., 8.

⁵² Paulus, Digesta, 4., 3., 18. 4.

⁵³ Više o drugim slučajevima u kojima je rimsko civilno pravo slijedilo ideju o zabrani vršenja prava na način suprotan dobroj vjeri i poštenju, vidi: Vodinelić, V., Takozvana zloupotreba prava, Beograd, 1997. str. 49. sq.

modernom pravu (npr. zabrana beskorisnog vršenja prava, zabrana protuciljnog vršenja prava, zabrana prekomjernog vršenja prava i sl.).⁵⁴

3.2. Shvaćanje zabrane zlorabe prava u srednjovjekovnom pravu

3.2.1. *Općenito o odnosu srednjovjekovne jurisprudencije prema zlorabi pravnih ovlaštenja*

Tek u srednjem vijeku zabrana zlorabe prava počinje dobivati određene, makar često veoma nejasne, teorijske konture. Iako srednjovjekovno pravo, kao ni rimsko, nije nikad formuliralo jasan i dosljedan opći pojam zabrane zlorabe prava, počinje se razabirati opća ideja da vršenje vlastitog prava može biti protivno temeljnim načelima pravnog poretka, ne samo onda kada postoje elementi šikanoznog vršenja prava (*aemulatio*), nego i onda kada se pravo upotrebljava protivno svom cilju, dakle kada se radi o nenormalnoj uporabi subjektivnog prava, iako ne postoji namjera nanošenja štete drugome. Drugim riječima, srednjovjekovna jurisprudencija, koja prihvaća na općoj razini načelo *qui iure suo utitur neminem laedit*, istodobno pod pritiskom s jedne strane potreba svakodnevne prakse, a s druge strane pod utjecajem temeljnih religiozno-etičkih i pravno-filozofskih koncepcija svoga doba, dovodi u pitanje apsolutnu valjanost i neprikosnovenost tog načela. Prihvaća se mogućnost da postoje oblici uporabe pravnog ovlaštenja koji, iako su formalnopravno priznati i zaštićeni pravom, predstavljaju načine korištenja prava u vlastitom interesu koji ne mogu biti potpuno i bezuvjetno dopušteni.

To znači da se traže granice do kojih se uporaba pravnog ovlaštenja može kretati, i uočava se da one nisu samo u jasnom subjektivnom kriteriju *animusa nocendi*, koji omogućava zabranu šikanoznog vršenja prava. Iako samo sporadično, i mnogo više u teoriji nego na zakonodavnoj razini, srednjovjekovno pravo razvija misao da subjektivno pravo pravni poredak priznaje radi ostvarenja i zaštite određenih interesa titulara, ali da subjektivno pravo ne može biti sredstvo za nanošenje štete drugome ili za ostvarenje interesa koji ne nalaze opravdanja u temeljnim načelima pravnog sustava. Granice vršenju subjektivnog prava tako postaju s jedne strane ono što pravna misao smatra dubljim *ratiom* pravnog sustava,⁵⁵ a s druge strane načela i postulati čiji je izvor izvan prava. Stoga se može reći da je već srednjovjekovna jurisprudencija stvorila nukleus koncepcije institucionalne ili objektivne zabrane zloupotrebe prava i položila temelje pravnog rezoniranja kakvo je karakteristično za donos modernog prava prema ovom problemu.

No, to nikako ne znači da je srednjovjekovna pravna misao jasno i sustavno uobličila opću koncepciju zabrane zlorabe prava, posve suprotno, ona je prožeta brojnim nedosljednostima, lutanjima, pa čak i potpuno divergentnim stavovima. Njezina ograničenja su značajna i uvjetovana različitim faktorima. Iako je komentatorska aktivnost glosatora i postglosatora uobličila određena opća pravila o pojedinim načinima na koje se pravo može zlorabiti, i to pod snažnim utjecajem temeljnih etičko-religioznih na-

⁵⁴ Kao što je već napomenuto, dio romanistike inzistira na tome da od ovog zaključka ipak postoji izuzetak, tj. da je već u rimskom pravu formulirano opće načelo zabrane šikanoznog vršenja subjektivnog prava, tj. zabrane vršenja prava s isključivim ciljem da se drugome nanese šteta. Tako vidi: *Grosso*, Atti emulativi, Diritto romano, str. 27. sq.; *Bonfante*, op. cit., str. 289. sq.; *Rotondi*, L'abuso di diritto, Rivista di diritto civile, 1923/15, str. 209. sq.

⁵⁵ A to je u prvom radu načelo *equitas* kao temeljni zahtjev kojeg svaka norma pravnog sustava mora poštovati.

čela kršćanstva, ona nije nikada povezala ta pravila jasnom pravno-logičnom strukturom. Osim toga, kako se djelovanje ove jurisprudencije, barem u ranom srednjem vijeku, uglavnom svodilo na komentiranje i dopunjavanje rimskih izvora, ne začuđuje da je najveća pozornost bila upravljena na pojam *aemulatio*.⁵⁶ No, čak i u toj oblasti, sve do 17. stoljeća, kada je konačno teorijski zaokružen pojam zabrane emulacije, razmišljanja jurisprudencije nerijetko su veoma općenita, neprecizna i nejasna, često se susreću nedosljednosti, pa čak i proturječnosti, ne samo u uporabi terminologije nego i na konceptualnoj razini. Zatim, sve do stvaranja opće zabrane emulacije u 17. stoljeću, srednjovjekovni se pravници uglavnom bave ovim problemom u samo jednoj oblasti, a to je oblast susjedskih odnosa. Osim toga, nije jasno povučena granica između emulacije kao šikanoznog vršenja subjektivnog prava i ostalih oblika zloporabe prava, posebno protuciljnog i beskorisnog vršenja prava, itd.

3.2.2. *Temeljni faktori koji određuju odnos srednjovjekovnog prava prema zabrani zloporabe pravnih ovlaštenja*

Iz svega proizlazi da jurisprudencija ranoga srednjeg vijeka ipak nije bila u stanju stvoriti opći pojam zloporabe prava, pa čak niti dosljedno formulirati opću zabranu emulacije. Jedan od razloga je sasvim sigurno u činjenici što su se glosatori i postglosatori ograničavali na komentiranje *Corpus iuris civilisa*, bez sposobnosti kritičkog sagledavanja stavova klasičnih rimskih pravnikā i sintetičkog pristupa problemima. A tekstovi koje su komentirali sadržavali su oprečne stavove, s jedne strane jasnu zabranu vršenja prava s namjerom da se drugome nanese štete, a bez vlastitog interesa, a s druge strane jasne i izričite stavove o tome da onaj tko vrši svoje pravo (vlasništva) u granicama ovlaštenja ne može počiniti delikt niti odgovarati za štetu koju uzrokuje drugome.⁵⁷ Takva divergencija u stavovima klasičnog i postklasičnog rimskog prava koje su komentirali zbunjivala je srednjovjekovne pravnike i sprječavala ih je ne samo da se na teorijskoj ravni jasno odrede prema problemu zabrane zloporabe prava, nego čak i da stvore opći koncept zabrane emulacije i da uoče važnost subjektivnog kriterija, tj. *animusa nocendi* za ovaj pojam.

Osim toga, u pravnoj teoriji se naglašava da su na stavove glosatora i postglosatora u ranom srednjem vijeku o potrebi ograničenja vlasničkih ovlaštenja na nekretninama značajan utjecaj imala rješenja iz tzv. barbarskih zakonika i starog germanskog prava, te srednjovjekovno francusko običajno pravo.⁵⁸ Stoga se prihvaćaju rješenja koja u značajnijoj mjeri ograničavaju vlasnička prava nego što je to bilo karakteristično za rimsko pravo. Naime, rimsko pravo, bez obzira na određena odstupanja o kojima je bilo riječi, ipak vlasništvo shvaća kao oblast apsolutne dominacije titulara, dok se u shvaćanjima barbarskih zakonika i germanskog i francuskog običajnog prava jasno odražavaju ostaci stare ideje kolektivnog vlasništva.⁵⁹ Tako se u srednjovjekovnom pravu pojam emulacije veoma proširuje i temeljem te ideje zabranjuje se ne samo šikanozno vršenje prava s

⁵⁶ O zabrani emulacije u srednjovjekovnom pravu više vidi: Astuti, G., Atti emulativi, Diritto intermedio, Enciclopedia del diritto, Tomo IV., Giuffrè editore, Milano, 1959., str. 29. sq.

⁵⁷ Paulus, Digesta 50., 17., 151 I 155; Ulpijan, Digesta, 43., 29., 3., Gaius, Digesta, 50., 17., 55.

⁵⁸ Lex Visigothorum, Sasko ogledalo iz 13. stoljeća, statuti pojedinih njemačkih srednjovjekovnih gradova).

⁵⁹ Tako se kao emulativni akti zabranjuju primjerice, sprječavanje putnika da prelaze preko tuđih polja i pašnjaka i da koriste pašnjake radi napasanja stoke i sl.

namjerom da se ošteti trećeg, a bez vlastitog interesa, nego i svako ponašanje vlasnika, makar i negativno, koje šteti trećima. Emulacijom se, naime, smatra i akt kojim vlasnik ograničava ili isključuje pravo trećega da koristi stvar, ako takvo korištenje ne bi vlasniku nanijelo nerazmjernu štetu, a trećemu bi donijelo znatnu korist.⁶⁰

S druge strane, s vremenom na stavove srednjovjekovne jurisprudencije sve snažnije utječu teološki koncepti, tj. kršćanska etička načela i temeljna ideja kanonistike o prirodnom (božanskom) moralu (pravu) kao temelju svakog pravnog poretka na zemlji, odnosno ideja da je tzv. prirodno pravo samo jedan od aspekata božanskog morala (poretka).⁶¹ Prirodno pravo, tj. sustav temeljnih etičkih načela kršćanstva, shvaća se kao poredak koji postavlja granice svjetovnom pravu i sva pravila svjetovnog prava koja prelaze granice tog prirodnog poretka smatraju se nepravednima (*injustum*). Time koncept pravde, pravičnosti (*iustitia, equitas*) postaje temeljni kriterij pravne misli, ali ima sasvim drukčiji sadržaj od onoga kakav je imao u rimskom pravu.

Zapravo, radi se o kompleksnom i osjetljivom procesu moralizacije prava, pokušaju da se svjetovno pravo «pomiri» s temeljnim etičkim zahtjevima kršćanstva, što u prvom redu znači rješavanje problema je li korištenje pravnog ovlaštenja ujedno uvijek i moralno dopušteno. Takav stav nužno u prvi plan ističe problem zlorabe prava, jer upravo upotreba svog prava u granicama ovlaštenja, ali na način koji znači povredu višeg sustava normi (sustava prirodnog prava, odnosno morala) predstavlja bit problema odnosa pravnog i moralnog poretka.⁶² Onaj tko zlorabi svoje pravo ne vrijeda pravnu normu, ali postupa protivno moralu i doživljava moralnu osudu. Ali, pravo se mora prilagoditi sustavu prirodnog prava (dakle moralnih normi), što znači da temeljni problem postaje novo definiranje granica prava, kao bi se iz pravnog poretka uklonila nepravdičnost.⁶³

3.2.3. Zabrana šikanoznog vršenja subjektivnog prava

Svi ovi faktori utječu na dva smjera razvoja ideje zlorabe prava u srednjovjekovnom pravu. Jedan veoma značajan pravac je misao koja postupno razvija opću teoriju zabrane emulacije. Tako se probijaju shvaćanja o općem značenju načela *quod alii noceat, et sibi non prosit, non licet*, kao objektivne zabrane da se pravo vrši tako da drugome nanosi štetu a ne ostvaruje nikakvu korist za titulara, dakle zabranjuje se neovisno o postojanju namjere nanošenja štete. Osim toga, u glosama se susreću i stavovi koji inzistiraju na subjektivnom elementu emulacije, tj. *animus nocendi (nisi animo nocendi id fecit)*, čak i onda kada se u tekstovima koje komentiraju za to ne nalazi osnove.⁶⁴ Tako ipak nastaje osnova za kasnije formuliranje opće zabrane šikanoznog vršenja prava. Takvi se stavovi proširuju s vremenom i na druge oblike korištenja vlasničkih ovlaštenja,⁶⁵ no treba naglasiti da gledišta dugo vremena nisu potpuno usuglašena. Naime, istodo-

⁶⁰ Vidi: Astuti, op. cit., str. 29.

⁶¹ To znači i prihvaćanje ideje da je povreda prirodnog prava ujedno i povreda božje volje.

⁶² To znači da za srednjovjekovne juriste zloraba prava nije toliko problem pravnog, nego prvenstveno problem moralnog ponašanja subjekta.

⁶³ Više vidi: Gualazzini, U., Abuso del diritto, Diritto intermedio, Enciclopedia del diritto, Tomo II., Giuffrè editore, Milano, 1958., str. 163. - 165.

⁶⁴ Više vidi: Astuti, op. cit. str. 31.

⁶⁵ Primjerice, stav da je zabranjeno otvaranje beskorisnog prozora na zgradi višoj od susjedne, a u cilju ometanja privatnosti korisnika susjedne zgrade.

bno s ovakvim sve širim ograničenjima susreću se i stavovi koji inzistiraju na potpunoj slobodi korištenja vlastite nekretnine, osim u oblasti korištenja voda, ali i tu samo pod uvjetom da se radi o zlonamjernom nanošenju štete susjednoj nekretnini.

Tek početkom 15. stoljeća općenito se prihvaća stav da je nedopuštena beskorisna upotreba vlastite nekretnine, a u namjeri da se drugome šteti. Stoga se razlikuje tzv. *aemulatio putativa licita*, tj. nanošenje štete drugome, ali u cilju da se sebi pribavi korist, dakle bez *animusa nocendi*, i *aemulatio vera illicita*, kao vršenje subjektivnog prava bez ikakve uočljive koristi za titulara, a u namjeri nanošenja štete drugome. Postojanje emulacije u pravilu se ne presumira, već onaj tko se poziva na ovu zabranu mora dokazati sve potrebne pretpostavke.⁶⁶ Do kraja 17. stoljeća ovakvi stavovi prihvaćeni su u gotovo svim europskim zemljama u kojima je izvršena recepcija rimskog prava.⁶⁷ Doktrinu opće zabrane šikanoznog vršenja pravnih ovlaštenja prihvaćaju zatim pandektisti i ona postaje dio pruskog i švicarskog civilnog zakonodavstva.⁶⁸

3.2.4. Temelji ideje institucionalne zabrane zloporabe prava *

S druge strane, kako je već objašnjeno, naročito u teorijskim spisima susreću se stavovi koji postavljaju temelje za opću teoriju zabrane zloporabe prava, s osloncem na načelo *equitas*, a kao izraz ideje o moralnim granicama prava. Tako se ističe da vršenje prava može biti nemoralno, iako je potpuno u granicama koje pravna norma određuje, te se javlja misao da treba ispitivati ne formalno i doslovno značenje norme, nego ciljeve zbog kojih je ovlaštenje priznato, te ovlaštenje priznavati samo u granicama tih ciljeva. Istodobno se smatra da cilj norme ne može odrediti samo normotvorac, već te ciljeve u svakodnevnoj primjeni na različite slučajeve do kraja definira tek primjenjivač norme, tj. sudac, te pravna znanost.⁶⁹

Ovakav razvoj pravne misli rezultira, pored opće zabrane emulacije kao šikanoznog vršenja prava, i stvaranjem nekih maksima koje su zapravo izraz odnosa prema pojedinim podvrstama zloporabe prava kako ih danas definira moderno pravo. Primjerice, opće pravilo o nedopuštenosti pozivanja na vlastito nemoralno ponašanje (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), ili pravilo o zabrani kontradiktornog ponašanja prilikom (ne)vršenja vlastitog prava (tj. institut *venire contra factum proprium*). No, treba ipak napomenuti da ta pravila nisu nikada ni teorijski ni sistematski povezana s općom zabranom emulacije, a još manje ih se shvaćalo kao sastavne dijelove općeg pojma zabrane zloporabe prava.

⁶⁶ U bogatoj kazuistici razvijaju se detaljna pravila o tome koje elemente pri ocjeni postojanja zlonamjernog vršenja prava treba uzimati u obzir (primjerice, ozbiljnost štete, postojanje mogućnosti da se pravo vrši i na drugi način koji neće nanositi štetu trećemu, pa čak i čisto subjektivni kriteriji kao što je priroda odnosa između konkretnih vlasnika susjednih nekretnina i sl.)

⁶⁷ Iako treba napomenuti da se u čitavom tom razdoblju u radovima pojedinih pravnih pisaca susreću i stavovi potpuno suprotni ovoj doktrini, tj. inzistiranje na apsolutnosti prava vlasništva, no njihov utjecaj na praksu i na normativnu djelatnost nije značajan.

⁶⁸ Pruski *Landrecht*, I, 8, čl. 27.-28.; Gradanski zakonik Ciriškog kantona, čl. 618. - 619.

⁶⁹ Mehanička i doslovna primjena pravne norme može predstavljati izvor zloporabe prava, ali se istodobno ističe i da arbitrarno i suviše slobodno interpretiranje cilja norme od strane suda također može biti oblik zloporabe prava.

3.3. Zabrana zlorabe prava u građanskim kodifikacijama

1. Pruski Landrecht:

Prva građanska kodifikacija koja izričito zabranjuje jedan oblik zlorabe prava, a u određenom smislu regulira i neke druge oblike, jest pruski *Landrecht* iz 1794. godine. Pravilo po kojem «Nitko ne smije zlorabiti svoje vlasništvo radi vrijeđanja ili oštećenja drugoga» (I, 8, čl. 27.) zapravo je opća zabrana šikanozne uporabe prava, i to ne samo prava vlasništva, već i svih drugih apsolutnih prava.⁷⁰ Zakonik definira i pojam zlorabe na način da se zlorabom smatra «...takva uporaba vlasništva koja po svojoj prirodi može imati za cilj samo vrijeđanje drugoga» (I, 8., čl. 28.). Zakonik također sadrži pravilo da titular bilo kojeg prava mora naknaditi štetu koja je drugome nastala zbog njegovog vršenja prava, «ako iz okolnosti jasno proizlazi da je, u namjeri da drugome nanese štetu, između više mogućih načina vršenja prava izabrao onaj koji će drugome nanijeti štetu» (I, 6, čl. 37.). Isto tako, Zakonik daje pravo sudu da na prijedlog jedne ugovorne strane stavi izvan snage ugovor čije izvršenje «nikome ne koristi» (I, 5, čl. 27.), što se može tumačiti kao jedan oblik posredne zabrane beskorisnog vršenja vlastitog subjektivnog prava, tj. ovlaštenja da se traži ispunjenje ugovorne obveze.

3. Francuski Code civil

Prva «velika» građanska kodifikacija, francuski *Code Napoleon*,⁷¹ uopće ne poznaje institut zabrane zlorabe prava, pa čak ne zabranjuje ni šikanozno vršenje prava. Isto vrijedi i za ostale kodifikacije koje su nastale pod dominantnim utjecajem *Code civila*, uključujući i talijanski *Codice civile* iz 1865. godine. Ovo pitanje ostavlja se isključivo sudskoj praksi i pravnoj teoriji.⁷²

3. Talijanski Codice civile iz 1942. godine

Talijanski *Codice civile* iz 1942. godine u čl. 833. zabranjuje isključivo šikanoznu upotrebu prava, tj. emulaciju.⁷³ Zakonik određuje da «Vlasnik ne može poduzimati radnje kojima je jedini cilj da štete ili smetaju drugima». Radi se o zabrani zlorabe koja je prema doslovnom tekstu norme vezana isključivo za korištenje vlasničkih ovlaštenja.⁷⁴ No, talijanska je teorija i sudska praksa veoma rano počela ovaj dio norme interpretirati široko, tj. pod pojmom vlasnika u smislu zabrane šikanoznog vršenja prava podrazumijeva se titular bilo kojeg stvarnog prava, a isto tako i posjednik stvari. To

⁷⁰ Iako zakonik upotrebljava termin «vlasništvo» pod pojmom vlasništva podrazumijevala su se sva apsolutna civilnopravna ovlaštenja, tako da se ne radi samo o zabrani uporabe ovlasti iz vlasništva, nego o široj zabrani šikane.

⁷¹ *Code civil*, donesen 1804. godine, a posljednje službeno izdanje iz 1816. godine.

⁷² Više o veoma razvijenoj teorijsko-pravnoj misli i bogatoj sudskoj praksi u ovoj oblasti vidi: *Ghestin, J. – Goubeaux*, op. cit., str. 575. - 621.; *Markovitch, P.*, *L'abus des droits en droit compare*, Lyon, 1936.; *Josseland, L.*, *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939.

⁷³ Art. 833.: *Atti d'emulazione: Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.*

⁷⁴ Interesantno je napomenuti da se u talijanskoj teoriji javlja stav da ovo nije pravo ograničenje prava vlasništva, budući da iz pojma vlasništva proizlazi da njegovo ograničenje postoji samo onda ako neka norma objektivnog prava određuje da su zahtviti trećih u stvar koja je objekt vlasništva pravno dopušteni, tj. ako neka norma ograničava negativne obveze trećih prema vlasniku. Kako odredbe čl. 833. ne rezultiraju time, smatra se da ovo nije «*vero e proprio*» ograničenje prava vlasništva. Više vidi: *Allara, M.*, *Atti emulativi, Diritto civile, Enciclopedia del diritto*, Tomo IV., Giuffrè editore, Milano, 1959., str. 33. - 37.

je potpuno u skladu s ciljem norme jer svaki takav titular može jednako zlorabiti svoja ovlaštenja kao i vlasnik.

Obveza suzdržavanja od radnji kojima se trećima smeta ili im se nanosi šteta upravljena je prema svima, a onaj tko je pretrpio štetu od takvih postupaka može zahtijevati *restitutio ad integrum* i naknadu štete. Iako zakonik govori samo o «radnji» čiji je cilj nanošenje štete, a ne naglašava posebno subjektivni element, tj. *animus nocendi* na strani vlasnika, jasna je namjera zakonodavca da ovom normom zabrani šikanozno vršenje prava, što znači da norma zahtijeva postojanje subjektivne volje i namjere nanošenja štete.⁷⁵ No, sudska praksa i teorija proširuju primjenu zabrane iz čl. 833. time što normu tumače na način da je njezina primjena moguća uvijek kada «cilj radnje» nije postizanje koristi za titulara prava, a ne zahtijevaju i namjeru nanošenja štete drugome.

Treba naglasiti da talijansko pravo, iako na zakonodavnoj razini ne sadrži opću zabranu zlorabe prava, kroz čitav niz drugih instituta⁷⁶ i kroz djelovanje sudske prakse i pravne znanosti zapravo ima razvijenu opću koncepciju zabrane zlorabe prava.⁷⁷

4. Austrijski Opći građanski zakonik

Austrijski Opći građanski zakonik prije Novela također ne sadržava opća pravila o zabrani zlorabe prava, čak ni zabranu šikane, iako se u teoriji smatra da su neka pravila ABGB-a inspirirana idejom zabrane zlorabe prava.⁷⁸ Tek nakon III. Novele ABGB-a iz 1916. godine u austrijski Građanski zakonik ulazi izričita zabrana zlorabe prava, ali ograničena na šikanozno vršenje prava. Naime, čl. st. 2. čl. 1295. ABGB-a određuje da se odgovara za štetu koja je trećima nastala zbog vršenja prava «protivno dobrim običajima i u očitoj namjeri da se drugome nanese šteta.» Ovako usko shvaćanje pojma zlorabe prava sudska praksa ipak veoma brzo proširuje, na način da ne zahtijeva uvijek element namjere nanošenja štete.

5. Njemački Građanski zakonik

Njemački Građanski zakonik u čl. 226. određuje da je «...nedopušteno vršenje prava koje može imati jedino za cilj da se drugome nanese šteta», dakle zabranjuje samo šikanozno vršenje prava,⁷⁹ i to u užem smislu riječi. Naime, u njemačkoj je sudskoj praksi i pravnoj teoriji ova odredba uvijek tumačena na način da postojanje i nekog drugog (do-

⁷⁵ Osim toga, u pravnoj se teoriji često kritizira još jedna nespretnost u formulaciji norme koja dopušta tumačenje da je zabranjena svaka radnja koja ima za cilj nanošenje štete, bez obzira da li je šteta zaista nastala ili ne. Takvo je shvaćanje, makar odgovara jezičnom i logičnom tumačenju doslovnog teksta odredbe čl. 833., svakako protivno cilju norme i stoga se odbacuje. Više vidi: *Allara*, op. cit. str. 35. sq.

⁷⁶ Primjerice, čl. 330 *Codice civile* zabranjuje zlorabu prava djeteta od strane roditelja, te kao sankciju predviđa gubitak roditeljskih prava. Isti *ratio legis* rukovodi i odredbe č. 378. i 380. *Codice civile* koji uređuju pravila o tuteli maloljetnika. U teoriji se smatra da su i odredbe čl. 1447. *Codice civile* koje daju pravo na poništenje ugovora u kojem je jedna strana preuzela nerazmjerno veću obvezu radi otklanjanja opasnosti od teške štete, također izraz primjene pravila o zabrani zlorabe prava. Isto vrijedi i za odredbe čl. 1448. koje daju pravo na poništenje lezionarnog ugovora u kojem se jedna strana okoristila stanjem nužde druge strane, itd.

⁷⁷ Više vidi: *D'Amelio, M.*, Abuso del diritto, Novissimo digesto italiano, t. I., UTET, Torino, str. 95.; *Galgano, F.*, Diritto civile e commerciale, Volume primo, Le categorie Generali, le persone, la proprietà, CEDAM, Padova, 1990., str. 325. sq.; *Alpa, G.*, - *Bessone, M.*, La responsabilità civile, Giuffrè editore, Milano, 1987., str. 162. sq.; *Romano, S.*, Abuso dell diritto, Diritto attuale, Enciclopedia del diritto, Tomo I., Giuffrè editore, Milano, 1958., str. 166. - 170.

⁷⁸ Primjerice čl. 178., 217., 111.

⁷⁹ U tom smislu odredba čl. 226. BGB-a znači prihvatanje shvaćanja pandektista, odnosno prihvatanje odredbe iz pruskog *Landrecht*a o zabrani emulacije.

puštenog) cilja, pored cilja nanošenja štete drugome, onemogućava primjenu odredaba čl. 226. o zabrani šikane. Nije, naime, dovoljno da onaj tko vrši pravo samo ima namjeru nanošenja štete drugome, potrebno je da objektivno iz takvog vršenja prava za njega ne može nastati nikakva korist.⁸⁰ Takvo tumačenje proizlazi iz jasne formulacije zakona koji zahtijeva da iz konkretnih okolnosti slučaja proizlazi da je nanošenje štete drugome jedini cilj vršenja prava kojeg je moguće ustanoviti.

Šikanozno vršenje prava je zabranjeno, što znači da je dopuštena samopomoć protiv takvog akta titulara prava. Osim toga, prema stavovima njemačke teorije, odredba iz čl. 226. BGB-a smatra se normom koja spada u tzv. *Schutzgesetze*. Pod pojmom *Schutzgesetze* podrazumijevaju se sve pravne norme javnog i privatnog prava (od ustava do upravnog rješenja) kojima je cilj zaštititi određenu kategoriju subjekata od određene vrste štete. Stoga povreda odredaba čl. 226. BGB-a rađa deliktom odgovornošću za štetu.⁸¹ Osim toga, oštećeni može zahtijevati i povrat u prijašnje stanje, a ako postoji opasnost od ponavljanja šikanozne upotrebe prava, može tužbom zahtijevati propuštanje takvog ponašanja.⁸²

No, iako je primjena zabrane iz čl. 226. BGB-a veoma ograničena jer podrazumijeva samo postojanje šikane u užem smislu riječi, to ne znači da u njemačkom pravu ne postoji opća zabrana zloporabe prava. Naime, njemačka je sudska praksa i pravna doktrina veoma učinkovito premostila ovu ograničenost rješenja iz čl. 226. BGB-a, nalazeći u odredbama čl. 242. BGB-a,⁸³ koji definira načelo savjesnosti i poštenja u prometu, dovoljna osnova za kreaciju općeg i veoma širokog objektivnog pojma zabrane zloporabe prava. Naime, načelo koje zahtijeva da dužnik u izvršenju obveze postupa savjesno i pošteno i u skladu s običajima u prometu, omogućilo je njemačkoj judikaturi i pravnoj teoriji da stvore izuzetno razrađen sustav oblika zabrane zloporabe prava. Polazi se od toga da zahtjev savjesnosti i poštenja u vršenju subjektivnih prava predstavlja unutar-nju granicu imanentnu svakom pravnom ovlaštenju. Prema tome, povreda savjesnosti i poštenja u vršenju pravom priznatih ovlaštenja znači zloporabu tog ovlaštenja i stoga je zabranjena. Što je sadržaj zahtjeva savjesnog i poštenog ponašanja, naravno, treba utvrđivati u posebnim okolnostima svakog konkretnog slučaja. No, na ovim temeljima njemačko je pravo razvilo teoriju o zabrani nepoštenog vršenja prava, teoriju o zabrani povređujućeg vršenja prava, zabranu beskorisnog vršenja prava i vršenje prava zbog realizacije neznatnog interesa, zabranu *venire contra factum proprium*,⁸⁴ zabranu protu-ciljnog vršenja prava, te specifičan institut *Verwirkung*.⁸⁵ Osim toga, interesantno je da se u njemačkoj teoriji smatra da je i zabrana šikanoznog vršenja prava iz čl. 226. BGB-a samo jedan od oblika zabrane koja je već obuhvaćena odredbama čl. 242. u dijelu koji

⁸⁰ Tako vidi: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch; bearbeitet von Bassege, Diederichsen, Heinrichs, Putzo, Thomas, Brudermüller, Edenhofer, Heldrich, Sprau, Weidenkaff, 61. neubearbeitete Auflage; Verlag C.H. Beck, München, 2002., str. 227.

⁸¹ Čl. 823. st. 2. BGB-a predviđa deliktnu odgovornost za povredu *Schutzgesetze*. Više o ovoj odredbi BGB-a, koja zbog svoje širine postaje sve značajnija osnova odgovornosti za štetu u njemačkoj sudskoj praksi, vidi: *Markesinis, B.*, The German Law of Obligations, Vol. II: The Law of Torts: A comparative Introduction, Clarendon Press, Oxford, 1997., str. 890. - 894.

⁸² Vidi: *Palandt*, op. cit., str. 227.

⁸³ Čl. 242: Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁸⁴ Tj. proturječno vršenje prava (*Widersprüchliches Verhalten*).

⁸⁵ Više o ovim oblicima zabrane zloporabe prava u praksi njemačkih sudova vidi: *Palandt*, op. cit., str. 250. - 258.

zabranjuje vršenje prava bez pravom priznatog interesa, te da je odredba čl. 226., kao zapravo veoma uska postala nepotrebna.⁸⁶

6. Švicarski Građanski zakonik

Od velikih kodifikacija opću zabranu zlorabe prava sadrži zapravo samo švicarski Građanski zakonik (ZGB), koji u čl. 2. st. 2. kao temeljno načelo građanskog prava postavlja odredbu po kojoj «očigledna zloraba prava ne uživa pravnu zaštitu». Jedino ograničenje koje Zakonik postavlja u definiranju zlorabe je njezina «očiglednost», što se u pravnoj znanosti i judikaturi tumači na način da zaštitu uživa samo onaj tko je pretrpio štetu od zlorabe koja je jasna i nesumnjiva.⁸⁷ No, ova opća odredba o zabrani svakog oblika zlorabe prava dala je realan temelj švicarskoj sudskoj praksi i pravnoj znanosti da razviju široku lepezu pojedinačnih slučajeva u kojima se smatra da je povrijeđeno načelo iz čl. 2. st. 2. ZGB-a.

7. Bosanskohercegovačko pravo

Bosanskohercegovačko pravo spada u one pravne sustave koji izričito zabranjuju zlorabu prava, i to u dva značajna zakonska teksta. Tako odredbe čl. 13. Zakona o obveznim odnosima zabranjuju vršenje prava «protivno cilju zbog kojeg je pravo zakonom priznato», a odredbe Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima⁸⁸ u čl. 5. određuju da je «Zabranjeno vršenje prava iz ovog zakona suprotno cilju zbog kojeg su ta prava ustanovljena ili priznata».⁸⁹ Dakle, odredbe dva temeljna građanskopravna zakona sankcionirana zloraba prava kao ponašanje protivno cilju zbog kojega je pravo priznato i stoga zabranjeno. To znači da ni u jednom od ovih tekstova nije postavljena opća zabrana zlorabe prava, nego je definiran i sankcioniran samo jedan oblik zlorabe prava. Zakonodavac je člankom 13. ZOO-a i člankom 5. Zakona o vlasničkoprava-

⁸⁶ Vidi: *Palandt*, op. cit., str. 227.

⁸⁷ Više vidi: *Tuor, P.*, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1948., str. 45. sq.

⁸⁸ Sl. novine F BiH 6/98-155.

⁸⁹ U hrvatskom pravu pored ZOO-a i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima u čl. 31. st. 1. određuje da je vlasnik «dužan postupati obzirno prema općim i tuđim interesima koji nisu protivni njegovom pravu». Kao konkretizaciju tog općeg pravila Zakon u čl. 31. st. 2. donosi pravilo po kojem je vlasnik dužan trpjeti zahvat trećega u njegovu stvar pod uvjetom da se treći našao u krajnjoj nuždi pa zahvati u vlasnikovu stvar da bi time otklonio štetu koja prijeti njemu ili trećemu, a ta šteta je nerazmjerno veća od one koja iz zahvata trećeg proizlazi za vlasnika. Radi se, dakle, o zabrani nerazmjernog vršenja subjektivnog prava. Druga konkretizacija pravila iz čl. 31. st. 1. je obveza vlasnika nekretnine da dopusti zahvat koji bi bio poduzet na tolikoj visini ili dubini da vlasnik nema nikakav opravdani interes da taj zahvat isključi (čl. 31. st. 3.). Razlog ograničenja vlasničkih prava je u ovom slučaju beskorisno vršenje vlastitog prava. I konačno, u čl. 38. st. 1. Zakon propisuje da se «...vlasnik, a ni itko drugi, ne smije služiti svojim pravom s jedinim ciljem da drugome šteti ili da ga smeta.» Radi se dakle o zabrani šikanoznog vršenja prava vlasništava, i to o zabrani šikane u užem smislu riječi, budući da se zahtijeva da je namjera nanošenja štete drugome *jedini* cilj vršenja vlasničkih ovlaštenja. Tako u hrvatskom pravu dva temeljna građanskopravna zakona na različiti način definiraju zlorabu prava. Iako bi se iz odredaba Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima moglo razumjeti da Zakon usvaja veoma usko shvaćanje zlorabe prava, odnosno da reducira taj pojam samo na tzv. subjektivnu zlorabu (i to šikanu u užem smislu), i na dva posebna slučaja iz čl. iz čl. 31. st. 2. i st. 3., u pravnoj znanosti se ističe da se obveza obzirnog postupanja prema općim interesima i interesima trećih ne iscrpljuje u ova tri pravila, da su oni samo posebno navedeni slučajevi, ali nikako ne i jedini, već da dužnost obzirnog postupanja ograničava uporabu prava vlasništva u svim slučajevima. (tako vidi: *Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z.*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 304. sq.). No, ako se i prihvati ova svakako ispravna i utemeljena argumentacija, ostaje pitanje može li se odredba iz čl. 31. st. 2. koja zahtijeva «obzirno postupanje» smatrati sveobuhvatnom zabranom svih oblika zlorabe prava.

vnim odnosima zabranio zloporabu prava ograničivši je na jedan od mogućih oblika. No, pravna znanost i sudska praksa, utemeljene na bogatoj predzakonskoj tradiciji,⁹⁰ smatraju da vezivanje pojma zloporabe za teleološki kriterij ne priječi da se zloporabom smatraju i svi ostali vidovi o kojima smo govorili. Sudska praksa to radi na način da se poziva na čl. 13. ZOO-a ili čl. 5. Zakona o vlasničkopравnim odnosima i onda kada sankcionira ostale oblike zloporabe,⁹¹ a čak i u slučajevima kada se zaista radi o protu-ciljnom vršenju prava sudska praksa u pravilu ne obrazlaže detaljno ciljeve norme koja priznaje određeno subjektivno pravo, nego se samo poziva na povredu cilja norme. Pravna teorija pak, bez obzira što gotovo redovito na nivou opće definicije ove odredbe (a posebno odredbe čl. 13. ZOO-a) definira kao opće načelo zabrane zloporabe prava, u konkretnim raščlambama pojedinih slučajeva zloporabe uvijek ističe da zabrana nije utemeljena na jedinstvenom kriteriju. Tako je u našem pravu, bez obzira na ograničenja zakonske regulative, djelovanjem sudske prakse i pravne znanosti, koje u svakom slučaju treba smatrati dijelovima pravnog poretka, zapravo priznat pravni koncept opće zabrane zloporabe prava.

4. Teorijske osnove zabrane zloporabe prava

Subjektivna prava pravni poredak štiti kao sferu individualne slobode titulara prava, kao pravnom normom priznatu moć pozitivnog ili negativnog djelovanja ovlaštenika prava. Pravna norma postavlja pozitivne granice subjektivnog prava i titular koji svojim radnjama ili propustom povrijedi te granice, tj. prekorači granice svojih ovlaštenja, vrši zabranjenu radnju, delikt. Ali, ako ostaje u granicama pravnog ovlaštenja, vršenje prava je dopušteno i ne može biti zabranjeno ili rađati odgovornost za štetu.⁹² Prema tome, i jezična konstrukcija zloporabe prava kao «nedopuštenog vršenja prava» onda se pokazuje kao proturječan i pravno logički nemoguć pojam.

Stoga se, posebno u starijoj pravnoj literaturi, susreću stavovi koji s pravnoteorijskog aspekta negiraju mogućnost postojanja pojma zloporabe prava.⁹³ Ističe se da vršenje prava u granicama prava ne može biti zabranjeno, a ako titular prekorači te granice, ne vrši više pravo nego delikt. Konstrukcija zloporabe po takvim stavovima je u sebi kontradiktorna, jer jedno ponašanje ne može biti istodobno i vršenje prava, što

⁹⁰ Konstantinović, M., *Zabrana zloporabe prava i socijalizacija prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1925/2; Perić, N., *Teorija zlopotrebe prava i građansko zakonodavstvo*, Beograd, 1912; Rastovčan, P., *Moral, dobri običaji i zloporaba prava u građanskom zakoniku*, Zagreb, 1927., 71. sq.; Stojanović, D., *Savjesnost i poštenje u prometu*, Savremena Administracija, Beograd, 1973.

⁹¹ U pravnoj teoriji se smatra da je takav odnos sudske prakse prema problemu zabrane zloporabe prava velikim dijelom posljedica tradicionalnog pravničkog obrazovanja utemeljenog na ideji zakonskog pozitivizma, zbog čega sudac nastoji svaku svoju odluku utemeljiti na određenoj zakonskoj normi, dati joj formalnologičko zakonsko opravdanje. Stoga se suci nerado upuštaju u pravnoteorijska razmatranja i pokušaj da svoje odluke obrazlože pozivanjem na neka opća načela pravnog poretka koja nisu izražena u konkretnim zakonskim odredbama, ili na sustav vrijednosti imanentan tom pravnom poretku, ili na opće pojmove pravičnosti, moralnosti i sl. Vidi: Vodinić, op. cit. str. 100. sq.

⁹² Sam pojam «dopuštenog» vršenja subjektivnog prava je s aspekta i formalne i pravne logike besmislen i kontradiktoran. Naime, činjenica da postoji subjektivno pravo i da se ono vrši u granicama koje postavlja norma objektivnog prava ne dopušta da takvo vršenje bude «nedopušteno», dakle protupravno, jer bi time prestalo biti «pravo».

⁹³ Više o ovim teorijskim stavovima vidi: Perić, op. cit. str. 46. sq.

znači dopuštene radnje, i zabranjeno ponašanje, tj. vršenje ne-prava.⁹⁴ Smatra se da je bit pojma subjektivnog građanskog prava osiguravanje titularu tog prava sfere apsolutne slobode radi ostvarenja pravnim poretom priznatih interesa ovlaštenika prava. Po ovakvim shvaćanjima, obvezati titulara da prilikom vršenja prava vodi računa o interesima trećih znači uništiti bit subjektivnog prava, znači njegovo ukidanje. Oštećenje interesa trećeg ne može biti pravno priznata osnova za ograničenje subjektivnog prava ako nisu ispunjene pretpostavke za nastanak delikta, jer je u prirodi subjektivnog prava da u određenoj mjeri šteti interesima drugih. Ističe se da priznavanje ograničenja subjektivnog prava kroz konstrukciju zloporabe prava znači davanje sudu ovlasti koje može imati samo zakonodavac, i stoga negaciju zakonskog prava. Ako sud ima pravo da primjenom kriterija zloporabe subjektivnog prava ograničava zakonom priznata ovlaštenja, pravna sigurnost je ugrožena ili potpuno izgubljena.⁹⁵

No, ovakvi isključivi stavovi koji razlikuju samo delikt i vršenje prava nisu mogli objasniti u pravnoj praksi od rimskih vremena priznatu ideju o tome da vršenje subjektivnog prava može biti zabranjeno, dakle protupravno, iako ne predstavlja deliktno ponašanje subjekta. U nastojanju da se pravnoteorijski utemelji koncepcija koja postavlja granice vršenju subjektivnih prava nastale su dvije teorije. Starija je tzv. vanjska teorija koja polazi od toga da pojam zloporabe prava pretpostavlja postojanje izvanjskih ograničenja koja pravni poredak postavlja titularu u vršenju subjektivnog prava. Prava su ograničena normama objektivnog prava, a posebno temeljnim načelima pravnog poretka kao što je načelo pravičnosti i načelo savjesnosti i poštenja. Ovi stavovi inzistiraju na odvojenosti i nezavisnosti subjektivnog od objektivnog prava, te tvrde da izvanjska ograničenja ne utječu na postojanje i sadržaj samog prava.⁹⁶ Onaj tko zloupotrebljava pravo ne vrijeđa granice subjektivnog prava, ne vrši ne-pravo nego sadržaj svog ovlaštenja, a pravo ostaje neizmijenjeno, samo je način vršenja prava u određenim okolnostima nedopušten jer nanosi štetu drugome.⁹⁷ Radnja nije zabranjena zato što se vrši nepravno ili što se prekoračuju granice prava, već zato što su povrijeđene vanjske zabrane koje određuju da se u određenim okolnostima to pravno utemeljeno ovlaštenje ne može vršiti na određeni način.⁹⁸

Unutrašnja teorija razrješava temeljnu nelogičnost vanjske teorije koja razdvaja objektivno od subjektivnog prava. Ona polazi od jedino mogućeg stava da su granice i sadržaj subjektivnog prava određene objektivnim pravom. Prema tome, ako objektivno pravo određeno ponašanje subjekta proglašava nedopuštenim,⁹⁹ to znači da granice nisu

⁹⁴ U francuskoj pravnoj teoriji ovaj je stav često ponavljan. Ističe se da se pravo ne može zlorabiti, jer tamo gdje zloupotreba počinje, pravo prestaje (*Planiol – Ripert, Traite elementaire de droit civil francais*, tome II, Paris, 1932., str. 283.).

⁹⁵ Više o ovakvim stavovima vidi: *Perić*, op. cit., str. 46. sq.; *Ghestin – Goubeaux*, op. cit., str. 577. sq.

⁹⁶ Kako su ove granice izvanjske one ne mogu utjecati na sadržaj i postojanje subjektivnog prava. Osim toga, iako se one s vremenom i s razvojem prava mijenjaju jer se mijenja stav pravnog poretka prema tome kakvo je vršenje prava (ne)dopušteno, sadržaj prava ostaje isti i to prema stavovima ove teorije dokazuje da su ograničenja koja se definiraju kao zloporaba samo vanjska ograničenja.

⁹⁷ U drukčijim okolnostima on to isto ovlaštenje može vršiti, prema tome pravo je ostalo neizmijenjeno i neokrnjeno zabranom zloporabe.

⁹⁸ Više o ovakvim stavovima vidi: *Josserand, De l'esprit des droits et leur relativite*, Paris, 1927.; *Vuković, M.*, *Zabrana zloupotrebe prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1953/III; *Pavčnik, M.*, *Zloraba pravice*, Ljubljana, 1986., str. 49. sq.; *Lukić, R.*, *O zloupotrebi prava*, Pravna misao, 1941/I-II.

⁹⁹ Makar ga naziva zloporabom, dakle nedopuštenim vršenjem prava, a ne ne-pravom.

izvanjske nego unutrašnje, odnosno da zabrana zlorabe proizlazi iz samog pojma subjektivnog prava. Drugim riječima, granice vršenju prava određene su definiranjem ovlaštenja koja čine sadržaj tog prava. Zlorabljuje svoje pravo onaj tko prekoračuje granice prava, tko vrši neku radnju, iako ona nije sadržana u skupu ovlaštenja koja čine njegovo subjektivno pravo. Naravno, pod pojmom objektivnog prava koje određuje skup ovlaštenja titulara, dakle sadržaj subjektivnog prava ili njegove unutrašnje granice, ne podrazumijevaju se samo zakonske norme, nego isto tako i temeljna načela pravnog poretka kao što su savjesnost i poštenje, dobri običaji, pravičnost, moralne norme kao dio javnog poretka, te smisao i duh prava, odnosno cilj prava.¹⁰⁰

Prema tome, zloraba i pravo se isključuju, onaj tko zlorabljuje pravo ne vrši svoje pravo nego postupa protupravno, a samo naizgled se čini da vrši svoje pravo. No, to nikako ne znači da unutrašnja teorija smatra da zloraba prava nije moguća i da nije zabranjena, ona samo ističe da je izraz «nedopuštena upotreba prava» neadekvatan jer se ne radi o vršenju prava, nego o povredi prava, o probijanju granica ovlaštenja koja objektivno pravo priznaje, o tome da subjektivna prava nisu neograničena.

S druge strane, zloraba prava nije ni delikt, jer su za nastanak delikta potrebne posebne pretpostavke koje ne moraju biti ispunjene kod slučajeva koji predstavljaju zlorabu prava. I delikt i zloraba prava su protupravne, tj. zabranjene radnje, ali se za postojanje zlorabe prava ne traži uvijek nastanak štete, niti je u pravilu potrebna krivnja kao osnov odgovornosti (nedopuštenosti) ponašanja.¹⁰¹ Osim toga, zloraba prava pretpostavlja uvijek ponašanje koje odgovara po svom sadržaju vršenju nekog od ovlaštenja koje čini sadržaj subjektivnog prava, ali je u konkretnim okolnostima slučaj takvo ponašanje, zbog toga što je ili protivno cilju subjektivnog prava, ili šikanozno, ili nemoralno, ili nepravilno, ili prekomjerno ili beskorisno itd., pravno nedopušteno. Zbog postojanja ovih razloga takvo je vršenje prava zabranjeno, a da ih nema bilo bi dozvoljeno.¹⁰²

Jedino je ovakav odnos prema problemu zabrane zlorabe prava pravnološki utemeljen i može uvjerljivo objasniti granice koje pravni poredak postavlja vršenju subjektivnih prava. Stoga je unutrašnja teorija zlorabe prava danas prevladavajuća i u usporednom pravu i u našoj pravnoj znanosti. Stavovi tzv. vanjske teorije, koji inzistiraju na postojanju i nepromjenjivosti subjektivnog prava, usprkos zabranama određenih načina njegovog vršenja, nespojivi su s teorijskim pojmom subjektivnog prava jer nastoje pomiriti pravo i ne-pravo, dopušteno i nedopušteno. U pojmu zlorabe prava oni vide istovremeno i vršenje subjektivnog prava i protupravnu radnju,¹⁰³ jer umjetno razdvajaju, s jedne strane, objektivno pravo kao izvor subjektivnog ovlaštenja od tog ovlaštenja a, s druge strane, subjektivno pravo od vršenja tog istog prava, što je pravno logički nedopustivo i nepotrebno.

¹⁰⁰ Tako vidi: Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 1960, Blagojević – Krulj, op. cit. str. 76sq.; Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, C.H. Beck Verlag, München-Berlin, 1953., str. 83. sq.; Siebert, Vom Wesen des Rechtsmissbrauch, Berlin, 1935.; Cigoj, S., Obligacije, Ljubljana, 1976., str. 186. sq.; Vodinić, op. cit., str. 196. sq.

¹⁰¹ Jedini je izuzetak vršenje prava s ciljem da se nanese šteta drugome.

¹⁰² Više vidi: Vodinić, op. cit. str. 202. sq.

¹⁰³ Tako se primjerice ističe da se u pojmu zlorabe prava miješaju pravno i protupravno (Pavčnik, op. cit. str. 49.)

DEVELOPMENT AND THEORETIC BASES OF PROHIBITION ON ABUSE OF RIGHTS

Summary

In this work the author deals with studying the development of the idea of prohibition on abuse of subjective rights in the field of Civil Law, as well as with theoretic bases of this legal concept. Establishing limits to the absolute freedom for the holder of subjective right appears even in antique laws, especially in Roman Civil Law, which, on causistic base, and especially by effects of *ius praetorium* and *ius honorarium*, limits the concept of the absolute domination of the holder of subjective right, though it does not create general concept of prohibition on abuse of rights. In the Middle Ages law glossatory and post-glossatory jurisprudence develops this concept under strong influence of common law on one side, and basic religious and ethic postulates of Christianity on the other side. In that way Roman understanding of prohibition on emulation as a harassing exercising of law is broadened and theoretically rounded up, but what is even more important, through the action of moralization of law, foundations are established for general, so-called institutional prohibition on abuse of rights as exercising rights which is against natural law, ethic principles of society and principle of equity. The author also analyses solutions of most important civil codifications in this sphere, as well as directions of development of this prohibition in the judicial practice and law science of the modern law. Besides, he also explains theoretic bases of the idea of prohibition on abuse of rights as acting which oversteps the boundaries of subjective right recognized by some of the elements of the legal order, and is prohibited because of that.

Key Words: subjective law, abuse of law, reasons for overstepping the boundaries of law.