

UDK: 347.235
izvorni znanstveni rad
primljen 3. ožujka 2005.

Dr. sc. Silvija Petrić,
izvanredni profesor Pravnog fakulteta u Splitu

SUDSKA PRAKSA KAO IZVOR GRAĐANSKOG PRAVA KROZ PRIZMU NAČELA ZABRANE ZLOPORABE PRAVA

Rad se bavi problemom utjecaja sudske prakse na nastanak i primjenu jednog od temeljnih načela građanskog prava, načela zabrane zlorabe prava. Budući da su odnosi koje reguliraju iznimno složeni i da se neprestano razvijaju i mijenjaju, građanskopravne norme karakterizira visoki stupanj generalizacije. Stoga se sudska praksa nužno pojavljuje kao sukreator prava koji u postupku primjene apstraktne norme tu normu dograđuje i popunjava sadržajem. Institut zabrane zlorabe prava najbolje ilustrira aktivnu ulogu sudske prakse u stvaranju prava jer se, kao pravno načelo utemeljeno na moralnim shvaćanjima društva, razvijao upravo djelovanjem te prakse. Ona je, još od vremena pretorskog prava, formirala shvaćanja o pojedinim oblicima zlorabe subjektivnog prava. Taj se razvoj može pratiti od zabrane šikanoznog vršenja prava, tj. vršenja prava s ciljem da se drugome nanese šteta, do moderne koncepcije zlorabe prava koja kroz brojne varijacije definira unutrašnje granice subjektivnog prava.

Ključne riječi: sudska praksa; zloraba prava, pravo i moral

1. Uvodne napomene

Iako je neosporno da pod određenim pretpostavkama i u kontinentalno-europskom pravnom sustavu sudska praksa može biti izvor prava, radi se o problemu iznimne složenosti, budući da njegovo razrješenje zahtijeva razmatranje čitavog niza temeljnih teorijskopравnih pitanja u koje ovaj rad ne ulazi.¹ On se bavi samo uskim aspektom ovog problema, a to je odnos jednog od temeljnih načela građanskog prava, tj. načela zabrane zlorabe prava, i sudske prakse. No, riječ je o pitanju koje ipak može baciti barem malo više svjetla na prirodu uloge sudske prakse kao mogućeg i poželjnog kreatora pravnog poretka u oblasti građanskog prava jer se kroz njega reflektiraju s jedne strane određena ograničenja građanskopravnog normativnog poretka, a s druge (nažalost, u našem pravnom sustavu često nedovoljno iskorištene) stvaralačke mogućnosti sudske prakse.

¹ Više o sudskoj presudi kao izvoru prava vidi: Košutić, B., *Sudska presuda kao izvor prava*, Savremena Administracija, Beograd, 1973. (u daljnjem tekstu: Košutić, 1973.)

Potreba za aktivnim sudjelovanjem sudske prakse u stvaranju pravila građanskog prava, bez obzira koliko ta misao mogla zvučati heretički, proizlazi iz temeljnih karakteristika ovog pravnog područja. Naime, građansko pravo, a u okviru njega posebno obvezno pravo, predstavlja na normativnoj razini sustav kojega bitno određuju dvije karakteristike. S jedne strane, to je vrlo visoki stupanj generalizacije pravnih normi građanskog prava jer one zbog iznimne složenosti i raznolikosti društvenih odnosa čijem su reguliranju namijenjene nužno moraju biti definirane na način koji omogućava primjenu istog općeg pravila na izuzetno veliki broj u većoj ili manjoj mjeri različitih pojedinačnih faktičnih situacija. S druge strane, odnosi koje građanskopravne norme reguliraju mnogo se brže mijenjaju i razvijaju nego što je to karakteristično za društvene odnose regulirane normama drugih grana prava. Stoga je građanskom pravu uvijek i svugdje svojstveno da normativna regulativa zaostaje za potrebama života i da neminovno postoje značajne pravne praznine u normativnom poretku. Građanskopravni poredak i taj problem pokušava riješiti upravo koristeći se visoko apstraktnim normama koje će biti manje ili više pogodno sredstvo da se obuhvate svi ili barem neki slučajevi za koje se osnovano očekuje da će se u budućnosti pojavljivati.

Takav je pristup normotvorca u građanskom pravu jedino moguće rješenje jer je «prereguliranost», tj. suviše detaljno zakonsko uređenje svih aspekata odnosa kakvi postoje u trenutku donošenja norme, često mnogo opasnije od «podreguliranosti». Previsoki stupanj konkretizacije u normativnom pristupu rezultira okoštavanjem pravnog sustava i na duže staze neminovno koči razvoj društvenih odnosa ili pak normu svodi na pravilo koje u praksi ne funkcionira i zaobilazi se na različite načine, postaje mrtvo slovo na papiru, a ne važeća norma. Naravno, veoma je teško naći pravu mjeru konkretizacije (ili apstrakcije) jer normotvorac uvijek mora pokušati uspostaviti ravnotežu između dvije skupine oprečnih zahtjeva. S jedne strane to su zahtjevi da norma bude dovoljno široka da obuhvati sve moguće situacije i da dopusti razvoj društvenih odnosa. U tom kontekstu važno je uvijek voditi računa i o činjenicama da su građanskopravne norme namijenjene najširem mogućem krugu adresata i da građanskopravni poredak za svoje normalno funkcioniranje zahtijeva relativnu trajnost i nepromjenjivost normativnog sustava. Suviše česte i radikalne izmjene zakonskih pravila u ovoj oblasti vode u konfuziju i nesigurnost.² S druge strane, ukoliko su zakonska pravila građanskog prava suviše apstraktna njihova primjena donosi sa sobom opasnost od takvog stupnja pravne nesigurnosti kakav pravni poredak ne može tolerirati. Otvara se mogućnost različitog tretmana sličnih ili istih slučajeva u sudskoj praksi, opasnost od prevelike arbitrarnosti ili samovolje sudova i sl.

Zbog toga se konzistentna i na određenim temeljnim postulatima zasnovana kreativna djelatnost sudske prakse na dopunjavanju i pobližem određivanju sadržaja zakonskih normi pokazuje kao nužno sredstvo prevladavanja unutarnjih ograničenja građanskopravnog normativnog poretka. Ulogu jednog od značajnih kreatora prava ona preuzima u mnogim pravnim sustavima, a posebno u onima za koje je karakteristična relativna statičnost normi građanskog prava. Dovoljno je samo podsjetiti da su kao rezultat djelovanja sudske prakse nastali značajni civilnopravni instituti kao što je, primje-

² U građanskom pravu, mnogo više nego u ostalim oblastima prava, naglašena je potreba za poštovanjem pravne tradicije, odnosno postojeće svijesti adresata o sadržaju normativnog poretka. Čitav život svakog pojedinca, doslovno od rođenja do smrti, protkan je golemim brojem različitih građanskopravnih odnosa i svaki radikalniji zahvat u to osjetljivo tkivo značajno utječe na brojne interese.

rice, institut objektivne odgovornosti za štetu, ugovor u korist trećeg, koncept ograničene načela autonomije volje javnim poretom, načelo zabrane zlorabe prava itd.

2. O utjecaju primjene prava na njegovo kreiranje

Kada se raspravlja o sudskoj praksi kao izvoru prava, treba imati na umu da postupak primjene prava uvijek predstavlja istodobno i postupak njegova stvaranja. To se odnosi kako na postupak stvaranja nižih apstraktnih pravnih normi koje predstavljaju konkretizaciju pravila sadržanih u višim pravnim normama, tako još izražajnije na postupak apliciranja apstraktne pravne norme na životni odnos, na konkretni slučaj.³ Općenita i generalna pravna norma ne može nikada svojim odredbama predvidjeti sve aspekte i elemente koji se nužno pojavljuju u aktu konkretne primjene norme na poseban slučaj.⁴ Apstraktna regulacija i konkretne okolnosti slučaja na koje normu treba primijeniti u pravilu su toliko udaljene da ne možemo govoriti o direktnoj i mehaničkoj primjeni pravila koja bi bila potpuno lišena svake kreacije od strane primjenjivača. Jedino praksa, i to posebno sudska praksa, može i mora «premostiti» ovu udaljenost.

Stoga ne začuđuje da se u pravnoj teoriji često ističe da za egzistenciju pravne norme kao dijela važećeg pravnog sustava nije dovoljno da je norma donesena i da je obvezujuća po formalnim kriterijima, već je potrebno da takva norma zaista efektivno djeluje u praksi, da se primjenjuje u konkretnim životnim okolnostima.⁵ Norma sama po sebi još uvijek nije istinsko pravo, ona je tek postavljena mogućnost, jedna od potrebnih premisa da konkretno, živo pravo nastane.⁶ Prema tome, pravo nastaje tek onda kada onaj tko primjenjuje normu odluči da se premisa iz opće pravne norme i premisa konkretnog životnog odnosa toliko podudaraju da je moguć zaključak u obliku pravne odluke.

Time pravna praksa unosi u relativno određenu apstraktnu normu jedan viši stupanj određenosti, tj. onaj koji je potreban za povezivanje norme i životne datosti, odnosno za primjenu prava. U tom smislu je u pravnoj znanosti široko prihvaćeno razlikovanje između «dispozicije» i «norme», pri čemu se pod dispozicijom podrazumijeva doslovan tekst pravnog pravila, a pod normom značenje ili pobliže definirani sadržaj koje su mu tijekom vremena i kroz upotrebu u različitim situacijama dali njegovi interpreti.⁷ No, istodobno to znači da se norma kroz aplikaciju u praksi ponekad značajno odvaja od onog smisla kojega su imali na umu donositelji norme, ona živi svoj vlastiti život i postaje efikasno pravo tek posredstvom interpretacije onog tko je primjenjuje, a svakako da je najznačajniji interpret norme sudac. Prema tome, ako egzistencija norme zavisi ne samo od njezine formalne valjanosti, nego isto toliko i od njezina efektivnog djelovanja u praksi, očigledno je da pravo nije isključivo rezultat volje zakonodavca, ono postoji i vrijedi jedino ako je zaživjelo u realitetu odnosa na koje se primjenjuje. Pravni

³ To je stanovište veoma jasno izraženo u poznatoj teoriji stupnjevitosti prava Adolfa Merkla (**Merkel, A.**, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, Wien, 1931.)

⁴ Npr. sudskoj presudi, upravnom rješenju, pravnom poslu i sl.

⁵ Vidi: **Roselli, F.**, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, Rivista di diritto civile, 1998/1., str. 23. sq.

⁶ **Pavčnik, M.**, *Prilog raspravi o primeni prava*, Pravni život, 1985/9-9, str. 791. sq. (u daljnjem tekstu: **Pavčnik**, 1985.).

⁷ Takvo razlikovanje pojavljuje se u talijanskoj pravnoj znanosti još pedesetih godina ovog stoljeća. Vidi: **Crisafulli**, *Disposizione e norme*, *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964., str. 195. sq.

poredak, dakle, nastaje suaktivnošću s jedne strane normotvorca u najširem smislu riječi, a s druge strane posredstvom različitih akata kojima formalne zapovijedi dobivaju kvalitetu efikasnosti, tj. postaju živo pravo.

Potrebno je, osim toga, podsjetiti da apstraktna pravna norma, kao uvijek samo relativno određeno pravilo, u pravilu sadrži više mogućih značenja već na jezičnoj razini. Tek primjenjivač norme bira između tih, u normi sadržanih značenja, i stoga je konkretan akt primjene opće norme uvijek u određenoj mjeri stvaralački akt, odnosno akt stvaranja prava.⁸ Ovaj postupak normativne konkretizacije ne odvija se automatski, time što primjenjivač (sudac) bira nasumce bilo koje od više mogućih značenja koja su sva jednakovrijedna budući da su sadržana implicitno ili eksplicitno u jezičnom izrazu norme,⁹ već nužno uključuje vrijednosne sudove i stavove. Naime, povezivanje konkretnog životnog odnosa koji je u svakom pojedinom slučaju unekoliko različit od prethodnih slučajeva, i apstraktne pravne norme koja ima «otvoreno» značenje i samo relativno definirani sadržaj, moguće je samo posredstvom vrijednosnog elementa, tj. interpretovog razumijevanja cilja, odnosno vrijednosti koju norma (ili pravni poredak u cjelini) ima za cilj štiti. Prema tome, teleološki moment je u postupku normativne konkretizacije ona nužna spona koja omogućava povezivanje činjeničnog supstrata na koji se norma primjenjuje s apstraktnom normom. To je možda najjasnije vidljivo u građanskom pravu u kojem i sam normotvorac veoma često upućuje primjenjivača na upotrebu ovog kriterija.¹⁰ Ako tako shvaćamo pojam pravnog sustava i pravne norme, jasno je da sudska presuda mora biti smatrana izvorom prava, istina veoma specifičnim izvorom po djelovanju i po dometu, ali nesumnjivo jednim od kreatora onog što se smatra pravnim poretom.

Institut zabrane zloupotrebe prava predstavlja vrlo ilustrativan i interesantan primjer kako se sudska praksa reflektira u građanskom pravu i postaje značajan izvor tog prava. I stoga, iako je ovo načelo kao opći pravni postulat svakog pravnog poretka izuzetno slojevito i rasprava o njemu nužno otvara niz pitanja, ovaj se rad ograničava samo na dva aspekta koja pokazuju njegov karakter i ulogu u sudskom kreiranju prava. To je s jedne strane uloga načela zabrane zloporabe kao rukovodeće ideje pravnog reguliranja, kao moralnog sadržaja koji služi da bi u racionalnoj argumentaciji sudske presude bila pronađena i ispravno protumačena ona konkretna pravna norma koja adekvatno realizira činjenični supstrat. Drugi aspekt povezuje dvije suprotnosti, tj. činjenicu da se načelo rađa i oblikuje upravo djelatnošću sudske prakse, te da može postojati kao dio pravnog poretka, bez obzira na volju zakonodavca,¹¹ samo pod uvjetom da se u praksi stalno potvrđuje. Naravno, oba su ova aspekta međusobno isprepletena, uvjetuju jedan drugoga i dopunjuju se.¹²

⁸ Tako vidi: Pavčnik, 1985., str. 777.

⁹ Takav stav prema primjeni opće pravne norme karakterističan je za krajnji pravni pozitivizam normativističkih teorija prava koje u potpunosti odvajaju pravo kao ono što «jest» od svih socioloških, etičkih i ideoloških premisa kao onoga što određuje kakvo bi «trebalo biti». U tom smislu podsjećamo na razmišljanja i stavove izražene posebno jasno u kontekstu tzv. Kelsenove čiste teorije prava. (vidi: Kelsen, H., *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1951., str. 56. sq.)

¹⁰ Više o tome vidi: Danilović, J., *Pravičnost kao merilo pri sudskom odlučivanju prema Zakonu o obli-acijskim odnosima*, Pravni život, I. Tom, 1988., str. 14. - 35.

¹¹ Tj. bez obzira je li od strane zakonodavca izričito predviđeno i definirano u nekom normativnom aktu kao opće načelo građanskog prava..

¹² Osim toga, potrebno je naglasiti da sve ovo vrijedi ne samo za načelo zabrane zloupotrebe prava, nego gotovo u jednakoj mjeri i za načelo savjesnosti i poštenja s kojim je načelo zabrane zloupotrebe prava povezano istom unutarnjom logikom i istim ili veoma sličnim moralnim sadržajem.

3. Načelo zabrane zlorabe prava u povijesnom kontekstu

Iako se danas veoma često ističe da je pojam zabrane zlorabe prava djelo novijeg pravnog razvoja, a da je u starijim pravima bila zabranjivana samo šikana kao už i strogo subjektivni koncept zlorabe prava, takvo gledište je u velikoj mjeri netočno. Rimsko civilno pravo prožeto je čitavim nizom stavova koji zapravo znače da pravo mora biti u službi morala.¹³ Tako je opće prihvaćen stav da pravni poslovi ne važe ne samo ako su suprotni pravu nego i dobrim običajima, *bonos mores*, koji zapravo predstavljaju pravila morala. I iako u rimskom pravu ne postoji opći pojam zabrane zloupotrebe prava, postoji čitav niz posebnih zabrana vršenja subjektivnog prava koje se praktički svode za zabranu zlorabe prava u objektivnom smislu, i to najčešće upravo kroz primjenu načela *bonos mores*.¹⁴ Smatra se osim toga da strogo inzistiranje na slovu prava može u konkretnom slučaju biti protivno moralu i stoga zabranjeno ako bi se zaštitom vršenja sadržaja subjektivnog prava nanijela nesrazmjerna šteta interesima trećih osoba.¹⁵

Tako je u rimskom pravu, primjerice, postojao prigovor prodane i predane stvari¹⁶ kao sredstvo protiv reivindikacijskog zahtjeva tužitelja koji je zahtijevao povrat prodane stvari temeljeći svoj zahtjev na činjenici da nije bila poštovana forma ugovora o prodaji.¹⁷ Isto tako, poznat je prigovor protiv zahtjeva kojim tužitelj traži nešto što će morati neposredno nakon toga opet vratiti tuženome.¹⁸ Rimsko pravo postavlja i pravilo o pošteđujućem vršenju sadržaja prava služnosti, tj. ovlaštenik služnosti odgovara za štetu koju je vlasniku poslužnog dobra nanio time što je služnost vršio na način nepovoljniji za vlasnika poslužnog dobra od nekog drugog načina kojeg je mogao izabrati.¹⁹ Ovi i brojni drugi slučajevi u biti predstavljaju zabranu vršenja pravnih ovlaštenja na način i u okolnostima koje se danas smatraju zlorabom prava, no treba napomenuti da rimsko pravo nije nikada stvorilo jedinstveni teorijski koncept zlorabe prava niti njegove zabrane.²⁰

Slična situacija postoji i u srednjovjekovnom glosatorskom i postglosatorskom pravu. To ne začuđuje s obzirom da se djelovanje srednjovjekovne jurisprudence, pogotovo u ranijim fazama razvoja, u najvećoj mjeri ograničava na komentiranje ili dopunjavanje rimskih izvora, odnosno *Corpus iuris civilis*. Stoga je u srednjem vijeku relativno jasno formulirana jedino opća zabrana šikanoznog vršenja subjektivnog prava, tzv. *aemulatio*.²¹ No, pojam šikanoznog vršenja subjektivnog prava shvaća se, naročito

¹³ Rimsko civilno pravo uvijek inzistira na dobrim običajima (*bonos mores*) na dobroj vjeri (*bona fides*), što je tako jasno izraženo u maksimama kao što su: «*Ius est ars boni et aequi*», ili poznata Ulpijanova: «*Iuris prescripta haec sunt: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*», ili Gajeva: «*Male enim iure nostro uti non debemus*» (Inst.1.53).

¹⁴ Naravno, zloraba prava u subjektivnom smislu, tj. šikanozno vršenje prava, uvijek je zabranjeno. Vidi: Celsus, Digesta, 6.1.38. «... *neque malitiis indulgendum est, si tectorum puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias...*». Isti stav: Ulpijan, Digesta 39.3.1.12. Pretorsko pravo u pravilu priznaje *actio de dolo*, odnosno *exceptio doli* kao sredstvo zaštite protiv takvog korištenja vlastitog prava prava.

¹⁵ Poznato načelo «*summum ius, summa iniuria*».

¹⁶ *Exceptio rei venditae et traditae*.

¹⁷ Takvo se ponašanje smatra zlorabom prava na tužbu i zabranjenim jer se tužitelj poziva na nedostatak u čijem je nastanku i sam sudjelovao.

¹⁸ Paulus, Digesta, 44.4.8. «*Dolo agit qui petit quod redditurus est*».

¹⁹ Ulpijan, Digesta 39.2.24.12.; Celsus, Digesta 8.1.9.

²⁰ Više vidi: Vodinić, V., *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd, 1997., str. 49. sq.

²¹ No, potrebno je napomenuti da ni ova zabrana nije, sve negdje do 17. stoljeća, jasno i nedvosmisleno teorijski određena. Osim toga, sve do formuliranja opće zabrane šikanoznog vršenja prava ovaj se pojam u djelima srednjovjekovnih pravnika uglavnom pojavljuje samo u kontekstu ispitivanja međusobnih odnosa...

u kasnijim fazama razvoja, jako široko i ne zahtijeva se uvijek namjera nanošenja štete drugome, već se zabranjuje i svako ponašanje vlasnika, pozitivno ili negativno, koje ograničava prava trećega, a vlasniku ne nanosi veću štetu od štete koju trpi treći.²²

Osim toga, snažan utjecaj na srednjovjekovno pravo ima i ideja o prirodnom, odnosno božanskom pravu koje mora biti temelj zemaljskog pravnog poretka. Tako moralna načela kršćanstva postaju temeljni kriterij dopuštenosti i valjanosti pravnih pravila, a time ideja zabrane zloporabe prava postaje posebno značajna jer se svojim pravom ovlaštenik može služiti samo ako je to ujedno u skladu s višim sustavom normi, tj. s moralnim sustavom kao «božanskim» zakonom kojemu se zemaljski zakoni moraju prilagoditi. Takav razvoj pravne misli dovodi do formuliranja određenih općih maksima koje predstavljaju definiranje pojedinih podvrsta zloporabe prava kakva je danas poznata, primjerice opće pravilo o nedopuštenosti pozivanja na vlastito nemoralno ponašanje,²³ ili pravilo o zabrani kontradiktornog ponašanja prilikom (ne)vršenja vlastitog prava²⁴. No, iako dakle u krilu srednjovjekovnog prava nastaju temelji onog što se u modernoj pravnoj teoriji definira kao institucionalna zloporaba prava, opće načelo zabrane zloporabe prava nije u srednjovjekovnom pravu jasno i do kraja formulirano.

U odnosu prema problemu zabrane zloporabe prava velike se građanske kodifikacije značajno međusobno razlikuju.²⁵ Tako odredbe francuskog *Code civila*²⁶ ne sadrže nikakve zabrane zloporabe prava, čak ni zabranu šikane, iako je u vrijeme donošenja zakonika u francuskoj pravnoj teoriji već razvijena misao o zabrani zloporabe prava,²⁷ no čini se da su prilikom donošenja zakonika prevladali stavovi utemeljeni na idejama francuske revolucije o strogom individualizmu i neprikosnovenosti apsolutnih subjektivnih prava.²⁸ Isto vrijedi i za talijanski *Codice civile* iz 1865. godine i za austrijski Građanski zakonik (ABGB)²⁹ prije Novela.

...vlasnika susjednih nekretnina. 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. Gualazzini, U., *Abuso del diritto, Diritto intermedio, Enciclopedia del diritto, Tomo II.*, Giuffrè editore, Milano, 1958., str. 163. sq.

²² Takvo je shvaćanje velikim dijelom posljedica utjecaja rješenja prihvaćenih u starim barbarskim zakonima i u starom germanskom pravu, odnosno srednjovjekovnog običajnog prava (primjerice, *Lex Visigothorum*, *Sasko ogleдалo* iz 13. stoljeća, statuti pojedinih njemačkih srednjovjekovnih gradova itd.). Ovi pravni izvori, za razliku od rimskog prava koje vlasništvo shvaća kao apsolutnu i isključivu vlast, sadrže elemente drevne koncepcije kolektivnog vlasništva. Više vidi: Astuti, op. cit., str. 29.

²³ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

²⁴ Institut poznat pod nazivom «*venire contra factum proprium*».

²⁵ Prva građanska kodifikacija, pruski *Landrecht* iz 1794. godine zabranjuje šikanozno vršenje prava vlasništva, ali i ostalih stvarnih prava (I, 8, čl. 27.), tj. takvu uporabu vlasništva koja za cilj ima samo povredu prava ili interesa drugoga. Dužan je naknaditi štetu koja je drugome nastala zbog njegovog vršenja prava ako je, u namjeri da drugome nanese štetu, između više mogućih načina vršenja prava izabrao onaj koji će drugome nanijeti štetu (I, 6, čl. 37.). Osim toga, sud može na zahtjev jedne od ugovornih stranaka staviti izvan snage ugovor čije izvršenje nikome ne koristi (I, 5, čl. 27.).

²⁶ Francuski građanski zakonik, *Code civil (Code Napoleon)*, donesen 1804. godine, posljednje službeno izdanje iz 1816. godine.

²⁷ Misao o zabrani korištenja vlastitog prava s ciljem da se drugome nanese šteta razrađena je u teoriji poznatog predstavnika prirodnopravne škole Domata gotovo stotinu godina prije donošenja *Code civila*. Više vidi: Konstantinović, M., *Zabrana zloporabe prava i socijalizacija prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1925/2.

²⁸ Problemom zloporabe prava bave se stoga veoma intenzivno sudska praksa i pravna teorija. U teoriji se postavlja granica između dva oblika zloporabe prava, tzv. subjektivne koncepcije zloporabe za koju se zahtijeva *animus nocendi*, i objektivnog pojma zloporabe (tzv. institucionalna zloporaba prava) koji naglasak stavlja na cilj subjektivnog prava, tj. zloupotrebljava svoje pravo onaj tko ga koristi protivno cilju zbog...

S druge strane, njemački Građanski zakonik (BGB)³⁰ u čl. 226.³¹ zabranjuje vršenje prava s isključivim ciljem da se drugome nanese šteta, dakle zabranjuje samo šikanu i to u njenom užem smislu.³² No, njemačka sudska praksa i pravna doktrina ovu su ograničenost rješenja iz čl. 226. BGB-a veoma brzo prevladale nalazeći u odredbama čl. 242. BGB-a,³³ koji definira načelo savjesnosti i poštenja, dovoljna osnova za kreaciju općeg i veoma širokog objektivnog pojma zabrane zlorabe prava. Osim toga, i odredbe čl. 157 BGB-a³⁴ koje se odnose na ugovorno pravo zahtijevaju od stranaka postupanje u skladu s načelom dobre vjere i savjesnosti i također pružaju osnovu za suzbijanje ponašanja koja se mogu smatrati zlorabom subjektivnog prava.

Slična je situacija i u talijanskom pravu čiji Građanski zakonik (*Codice civile*)³⁵ u čl. 833.³⁶ zabranjuje isključivo šikanoznu upotrebu subjektivnog prava (emulaciju), i to samo prava vlasništva, no sudska praksa i pravna teorija razvijaju koncepciju opće zabrane zlorabe prava.³⁷ Austrijski ABGB nakon III. Novele iz 1916. godine također zabranjuje samo subjektivnu zlorabu prava, govoreći o «protivno dobrim običajima i u očiglednoj namjeri da se drugome nanese šteta»,³⁸ no sudska praksa ovaj pojam proširuje na način da ne zahtijeva uvijek element namjere.

Od velikih građanskih kodifikacija opću zabranu zlorabe prava sadrži zapravo samo švicarski Građanski zakonik (ZGB)³⁹ koji u čl. 2. kao temeljno načelo građanskog prava postavlja pravilo po kojemu je zabranjena «očigledna zloraba prava».

U bosanskohercegovačkom pravu zabrana zlorabe prava definirana je kao načelo u temeljnim zakonskim aktima građanskog prava. Čl. 13. Zakona o obligacijskim odnosima⁴⁰ zabranjuju «vršenje prava iz obveznih odnosa protivno cilju zbog kojega je pravo zakonom priznato ili ustanovljeno.» Zakon o vlasničko-pravnim odnosima⁴¹ u čl. 5. određuju da je «Zabranjeno vršenje prava iz ovog zakona suprotno cilju zbog kojeg

... kojega je priznato, bez obzira postoji li pritom i najmjera nanošenja štete drugome. Više vidi: **Ripert, I.**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1926.; **Markovitch, P.**, *L'abus des droits en droit compare*, Lyon, 1936.; **Josserand, L.**, *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939. **Rodière, R.**, *Zloupotreba prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1960/1-2.; **Porcherot, De l'abus du droit, these, Dijon, 1902.; **Ghestin, J. – Goubeaux**, *Traité de droit civil*, Paris, 1977., str. 575.-621.**

²⁹ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Keiserliches Patent vom 1. juni 1811., Inkrafttredatum: 1812. 01.01. JGS 946., zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl Nr. 118/2002 (ABGB).

³⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. kolovoza 1896 (RGBl. S. 195), (BGB).

³¹ § 226.: *Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.*

³² Ova odredba je uvijek tumačena na način da postojanje i nekog drugog (dopuštenog) cilja, pored cilja nanošenja štete drugome, onemogućava primjenu odredaba o zabrani šikane.

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

³⁴ § 157.: *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

³⁵ *Codice civile*, decreto 16 marzo 1942, n. 262(I), (G.U. del 4. aprile 1942, 79 e 79 bis).

³⁶ 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.*

³⁷ Više vidi: **D'Amelio, M.**, *Abuso del diritto*, *Novissimo digesto italiano*, I., UTET, Torino, 1969., str. 95.

³⁸ Čl. 1295/2. ABGB-a.

³⁹ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* vom 10. Dezember 1907, SR 210. (ZGB).

⁴⁰ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, broj 29/78, 39/85, 46/85, 57/89, Zakon o preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list R BiH, broj 2/92-102, 13/93-132. (u daljnjem tekstu: ZOO).

⁴¹ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj 6/98-155.

su ta prava ustanovljena ili priznata». Zabranjena je i zloraba procesnih ovlaštenja. Tako Zakon o parničnom postupku⁴² u čl. 9. određuje da su «stranke dužne pred sudom govoriti istinu i savjesno se koristiti pravima koja su im priznata ovim zakonom.», a u čl. 10. da je «Sud dužan provesti postupak bez odugovlačenja i sa što manje troškova, te onemogućiti svaku zlorabu prava koja strankama pripadaju u postupku.».

Analiza ovih pravila pokazuje da jedino Zakon o parničnom postupku postavlja opću zabranu zlorabe prava (tj. procesnih ovlaštenja stranaka u postupku), dok ZOO i Zakon o vlasničko-pravnim odnosima sankcioniraju samo jedan od oblika zlorabe prava, tzv. protuciljno vršenje prava. Dakle, u oblasti materijalnog prava ne postoji na zakonskoj razini definirano opće pravilo o zabrani zlorabe prava. No, u sudskoj praksi, a jednako tako i u pravnoj teoriji, ova se načela tumače kao opća zabrana zlorabe prava i koriste se kao normativna osnova za sankcioniranje različitih oblika nedopuštenog vršenja sadržaja subjektivnih prava. U pravnoj se teoriji u pravilu ove odredbe, a posebno odredbe čl. 13. ZOO-a, smatraju općim načelom zabrane subjektivnih građanskih prava. No, istovremeno se ističe da se pojam zlorabe prava ne može svoditi isključivo na protuciljno vršenje subjektivnih prava, već da on obuhvaća i druge oblike kao što je vršenje prava s namjerom da se drugome nanese šteta (šikanozno vršenje prava), vršenje subjektivnog prava bez opravdanog interesa titulara prava, uporaba subjektivnog prava radi ostvarenja nerazmjerno manje vrijednog interesa u odnosu na interes trećeg koji se vršenjem prava vrijeđa, vršenje prava na način koji je za drugoga štetan ili opterećujući, a moguće ga je vršiti i na neki drugi način koji je manje tegoban, odnosno pošteđujući za interese drugoga, vršenje prava koje je u neskladu s ranijim ponašanjem ovlaštenika prava u koje se druga strana osnovano pouzdala, te vršenje sadržaja prava protivno moralnim načelima ili načelu pravičnosti. Tako pravna znanost, pa i sudska praksa, prevladavaju ograničenja ovih zakonskih definicija zlorabe prava i, barem na kazuističkoj razini, stvaraju opći pojam zabrane zlorabe prava.⁴³

4. Načelo zabrane zlorabe prava kao pravno - etičko načelo

Iako je, dakle, činjenica da u bosanskohercegovačkom građanskom pravu, prema doslovnom tekstu važećih zakona, ne postoji opće formulirano načelo zabrane zlorabe prava, uz veoma rijetke izuzetke⁴⁴ naša pravna doktrina redovito zauzima stav da odredba čl. 13. ZOO postavlja opće načelo zabrane zlorabe prava. Štoviše, često se ističe da ova odredba predstavlja ne samo generalnu zabranu zlorabe obveznih prava nego da se može smatrati načelom koje ima šire značenje općeg pravnog postulata čitavoga građanskog prava,⁴⁵ ili čak čitavog pravnog poretka. Ovo se načelo, uz načelo savjesnosti i poštenja,⁴⁶ smatra jednim od izraza «moralizacije» građanskog prava.⁴⁷ Iako

⁴² Službene novine Federacije BiH, broj 53/03.

⁴³ Više vidi: **Vizner, B.**, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 1978., str. 80.-86.; **Blagojević, B. – Krulj, V.**, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena Administracija, Beograd, 1983., str. 67.-81.; **Perović, S. – Stojanović, D.**, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, 1980., str. 131.-148.; **Gorenc, V.**, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 1998., str. 14.-16.; **Vodinelić, op. cit.**, str. 3.-48.

⁴⁴ Vidi: **Vodinelić, op. cit.**, str. 58. sq.

⁴⁵ **Dordević, Ž. – Stanković, V.**, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987. str., 41.

⁴⁶ Čl. 12 ZOO: U zasnivanju obveznih odnosa i ostvarivanju prava i obveza iz tih odnosa sudionici su dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja.

⁴⁷ Tako: **Vizner, op. cit.**, str. 69. sq.; **Blagojević – Krulj, op. cit.**, str. 63.; 67. sq.; **Perović – Stojanović, op. cit.**, str. 148.

se radi o zakonskom načelu, odnosno o kogentnoj i prohibitivnoj normi zakona, pravna literatura inzistira na prvenstveno moralnom sadržaju ove zabrane.

4.1. O odnosu prava i morala u građanskom pravu

Takva gledišta logičan su slijed dugotrajnog razvoja pravne misli o odnosu prava i morala. Naime, za našu stariju pravnu teoriju karakteristično je da ne odvaja pojam zlorabe prava od pojma «savjesnosti i poštenja», a time i od pojma morala kao izvora građanskog prava. U djelima starijih pisaca veoma se često susreće stav o tome da je moral nesumnjivo izvor prava. Ističe se da su pravo i moral sadržajno istovjetni.⁴⁸ Sloboda pojedinca nije ograničena samo strogim zakonskim normama nego uvijek i pravilima morala. Pravila morala predstavljaju u građanskom pravu norme apsolutnog karaktera, norme o kojima sud mora voditi računa po službenoj dužnosti, «...zahtjevi morala unaprijed su sankcionirani zakonom, učinjeni zakonskim uvjetima, moral je uzdignut na visinu zakona, učinjen punovažnim sa zakonom».⁴⁹ O sadržaju morala odlučuje u svakom slučaju sudac jer je moralno pitanje uvijek pravno pitanje i sud mora biti «moralni cenzor» koji će omogućiti da u moralu, kao i u pravu, postoji određena jednoobraznost stavova. Po ovim gledištima irelevantno je govorimo li o «moralu» ili o «dobrim običajima» jer se u biti radi o istoj stvari.⁵⁰ No, uvijek kada se pozivamo na moral i dobre običaje radi se o pozivanju na pravo jer su moralna načela temeljna načela i ciljevi prava. Moral se, naravno, ne shvaća kao osobni moralni stav suca, nego kao visoko objektivizirani društveni moral, tj. u biti socijalni interes koji je temelj čitavog prava.⁵¹ Značenje morala kao izvora prava posebno se očituje po ovim stavovima upravo kroz institut zabrane zlorabe prava. Naime, čak i onda kada pravila građanskog prava ne sadržavaju izričitu zabranu zlorabe prava, ta zabrana proizlazi iz općih moralnih pravila na kojima to pravo počiva.⁵²

U jugoslavenskoj pravnoj literaturi nakon 2. svj. rata, tj. u razdoblju socijalističkog društvenog uređenja, ovakva se shvaćanja veoma široko prihvaćaju, štoviše može se reći da u građanskom pravu inzistiranje na moralu kao izvoru prava dobiva još veće značenje. Moralna se pravila smatraju jednakovrijednom dijelom pravnog poretka.⁵³ Smatra se ne samo da su moralna pravila nužna u popunjavanju sadržaja zakonske norme već da pravila «socijalističkog morala» predstavljaju otjelovljenje osnovnih pravila novog društva, «...najsigurnija i po sadržaju najsnažnija pravna pravila.»⁵⁴ Iako se priznaje da moral i pravo nisu iste kategorije, prvenstveno zbog toga što pravo proizlazi iz vanjskog autoriteta koji može primorati subjekta da izvrši pravnu obvezu, ističe se da pravo i mo-

⁴⁸ Marković, Č., *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1922/V., str. 241. sq.

⁴⁹ Ibidem, str. 252.

⁵⁰ Rastovčan, P., *Moral, dobri običaji i zloraba prava u građanskom zakoniku*, Zagreb, 1927., str. 49. sq.

⁵¹ Pri tom se ističe da, iako su u pravilu odlučujući opći moralni nazori, tj. stavovi društva u cjelini, budući da je moral elastična kategorija, treba u pojedinim slučajevima uzimati u obzir i razlike u moralnim shvaćanjima pojedinih društvenih slojeva. Vidi: Rastovčan, op. cit., str. 61. sq.

⁵² Tako i Janković, D., *Problemi građanskog prava*, Beograd, 1926., str. 43. sq.

⁵³ Cigoj, S., *Obligacije*, Ljubljana, 1976., str. 179. sq.

⁵⁴ Vagner, Lj., *Biće zlorabe prava – elemenat za proučavanje sadašnjeg i budućeg socijalističkog prava*, Glasnik Advokatske komore u A.P. Vojvodini, 1966/8., str. 2.

ral nisu oštro razdvojeni, pravo je tek prva stepenica u ostvarenju morala, tek «etički minimum» osnažen autoritetom zakonodavca. Osim toga, ono što je najbitnije jest činjenica da je osnovna ideja koja je temelj svakog pravnog pravila, koja ga uvjetuje i opravdava uvijek ideja pravičnosti, pravo mora služiti ostvarenju pravde, a pravda je moralna kategorija. I pravo i moral su pravila iste društvene sredine i cilj im je isti – ostvarenje određenog društvenog poretka. Iz toga se zaključuje da i pravo crpi svoju obvezatnost ne samo iz formalne snage akta već i iz moralne opravdanosti norme.⁵⁵ Štoviše, ako se iz apstraktnih pravnih pravila radi njihove nedovoljnosti, neobuhvatnosti ili nepreciznosti ne može isključivo formalnom logikom izvući pravilo koje bi odgovaralo svakom konkretnom slučaju, to ne znači da takvo pravilo ne postoji, ono je sadržano u temeljnim zakonima društvenog života.

Smatra se da je moral jedan od najvažnijih izvora građanskog prava budući da služi kao odlučujući kriterij u odabiru pravnih pravila naslijeđenih iz prošlih sustava⁵⁶ i da je moral jedino efikasno sredstvo koje može, u uvjetima nužne nesavršenosti i visokog stupnja generalizacije normi građanskog prava, jamčiti humanizaciju tog prava i iznalaženje pravih rješenja u pojedinim slučajevima koji nisu eksplicitno regulirani posebnim pravilima zakona. Osim toga, ističe se da moral može biti jedini ispravan i efikasni kriterij i korektiv građanskog prava u borbi protiv formalizma u primjeni pravnih normi koji dovodi do toga da rješenje koje se postiže isključivo formalno logičkom dedukcijom iz postojećih pravila ne vodi računa o životnoj i društvenoj stvarnosti i rađa nepravičnost, pravnim dogmatizmom i zapravo predstavlja negaciju prava.⁵⁷

Ovakav je stav o nužnosti moraliziranja prava u građanskopravnoj znanosti veoma snažno prisutan,⁵⁸ inzistira se na tome da moral mora biti sastavni dio posebno građanskopravnog poretka, dapače da spada u njegov kogentni, strogi dio kojeg stranke ne mogu ni na koji način ugovorom unaprijed isključiti. Dio teorije ide tako daleko da smatra da moral postaje toliko važan dio građanskog prava da se može tvrditi da moralna načela moraju postepeno zamijeniti zakonske norme, odnosno da su u socijalizmu imovinsko pravne norme ujedno i moralne. Smatra se da se ovo «moraliziranje» građanskog prava kao ideal kojemu treba težiti može postići na način da moralna načela postaju isključivi kriterij i izvor zakonskih rješenja.⁵⁹

⁵⁵ Košutić, B., *Opšta moralna obveza nenanošenja štete drugom i građanska odgovornost*, Pravni život, 1970/4., str. 32. (u daljnjem tekstu: Košutić, 1970.)

⁵⁶ Čl. 4. Zakona o nevaženju pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. g. (Sl. l. FNRJ, broj 86/46) omogućava sudovima da primjene u slučaju pravne praznine pravna pravila iz bivših građanskih zakona koji su vrijedili na teritoriju tadašnje Jugoslavije, ali samo pod uvjetom da su u «skladu s načelima ustavnog poretka...». U pravnoj znanosti i sudskoj praksi to se tumači kao odredba koja upućuje na primjenu pravila morala novog socijalističkog društva. Naime, budući da je moral dio pravnog uređenja nove države, takva pravila služe (između ostalih pravila koja ulaze u pojam «društvenog uređenja») kao jedan od temeljnih kriterija koji moraju rukovoditi suca pri pozivanju na stara pravna pravila, odnosno kao kriterij za odabir između više mogućih pravila. Tako vidi: Dujmov, L., *Značaj i djelovanje moralnih pravila u imovinskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1963., str. 28. sq.

⁵⁷ Govori se o «pravilima morala» kao izvoru prava, iako se ističe da je moral kategorija koja pripada ne toliko racionalnom rezoniranju koliko svijetu osjeća i svijesti o tome što je dobro, ispravno, pošteno, pravedno, pa bi shodno tome bilo bolje govoriti o «razlozima morala» nego o formuliranim moralnim «normama».

⁵⁸ Ovakva gledišta susreću se i kod drugih pisaca kao što su: Rastovčan, op. cit., str. 45. sq.; Marković, op. cit., str. 241.; Dujmov, op. cit., str. 21.

⁵⁹ Dujmov, op. cit., str. 25.

Barem na prvi pogled nešto blaži stav izražavaju oni pisci⁶⁰ koji ističu da moralne norme nisu samostalni izvor prava, već samo dopunjujući, interpretativni kriterij u primjeni zakonskih izvora. Smatra se da je moralni sustav odlučujući korektiv i dopuna građanskog prava, ali samo u domeni primjene pravne norme, ne i u domeni određenja njenog sadržaja. No, to stoga što su zakonska pravila sadržajno već određena tim istim moralnim shvaćanjima,⁶¹ tako da nema potrebe ni mogućnosti da ih sadržajno korigiramo moralom. Do nužnosti primjene moralnog sustava dolazi tek u primjeni kada pravna pravila mogu zbog svoje općenitosti, nesavršenosti ili tendencije ka pretjeranom formalizmu, rezultirati rješenjem koje je suprotno moralu.

4.2. Načelo zabrane zlorabe prava kao moralni korektiv u pravu

Ovakva se razmišljanja o odnosu prava i morala veoma često povezuju upravo s institutom zlorabe prava budući da se zloraba smatra «posebnom vrstom nemoralnog ponašanja».⁶² Tako postoji veoma zanimljiva konstrukcija⁶³ koja polazi od postavke da moral postaje nužan kriterij u građanskom pravu upravo u onom trenutku kada se počinje razaznavati da svaka upotreba subjektivnoga građanskog prava, makar se kreće u granicama tog prava, nije dopuštena, tj. da se subjektivno ovlaštenje koje proizlazi iz norme objektivnog građanskog prava može zlorabiti. No, pravne norme građanskog prava, po tom stanovištu, nisu u stanju dati odgovarajuće kriterije po kojima se može procijeniti kada je upotreba subjektivnog prava u skladu sa savjesnošću i poštenjem, a kada prelazi u zlorabu.⁶⁴ To znači da jedini mogući kriterij ovog razlikovanja postaje moral. Stoga je upravo institut zabrane zlorabe prava najbolja ilustracija da je moralni poredak sastavni dio pravnog poretka, jer onaj tko zloupotrebljava svoje pravo ne krši time neku eksplicitnu pravnu normu, nego je njegovo ponašanje suprotno moralnom poretku društva. Dakle, priznavanje činjenice da se subjektivno pravo može zloupotrijebiti znači ujedno i priznavanje da je moral izvor prava, odnosno dio pravnog poretka. Upravo zbog toga što je takvo ponašanje suprotno moralu ono je zabranjeno, odnosno protupravno ponašanje, što znači da ga možemo zabraniti i sankcionirati jedino ako moral shvaćamo kao dio pravnog poretka.

Slična su i razmišljanja po kojima je upravo zloraba prava institut kroz koji se otkriva pravo unutarne biće prava.⁶⁵ Naime, prema ovakvim shvaćanjima, pojam zabrane zlorabe prava ne može se utemeljiti na disproporciji između vlastitog interesa (prava) i interesa drugog, jer interesi ne obvezuju, već su jedan drugome suprotni ili u najboljem slučaju mogu postojati jedan pored drugoga. Smatra se da se pravo biće subjektivnog prava može definirati jedino ako se prihvati da je u subjektivnom pravu sadržana i dužnost. Ta je dužnost kao dio subjektivnog prava određena kao društveno pravna du-

⁶⁰ Vuković, M., *Opći dio građanskog prava, knjiga I*, Školska knjiga, Zagreb, 1959., str. 172. sq. (u daljnjem tekstu: Vuković, 1959.)

⁶¹ Naravno, time se misli samo na pravna pravila koja je stvorilo novo društvo, a ne i na bivša pravna pravila starih građanskih zakona.

⁶² Cigoj, op. cit., str. 180.

⁶³ Vuković, 1959., str. 164. sq.

⁶⁴ Vuković, M., *Obvezno pravo, knjiga I*, Školska knjiga, Zagreb, 1956., str. 35. (u daljnjem tekstu: Vuković, 1956.)

⁶⁵ Vagner, op. cit., str. 2.

žnost vjernosti temeljnim načelima i konkretnim zahtjevima (u ovom slučaju) socijalističkog društva. Ostvarenje te dužnosti je stvarni izvor snage subjektivnog prava koje se daje pojedincu, ona nije ograničenje prava, već dužnost kao temeljna snaga stvara to pravo.

Pravo, dakle, može postojati samo ako služi ostvarenju cilja koji je društveno prihvatljiv, a taj cilj se konkretizira primjenom načela kao što su savjesnost, socijalistički moral, povjerenje i sl. Dužnost je, dakle, izraz konkretnog društvenog uređenja i stoga sadržaj i snaga pravnog ovlaštenja proizlazi ne iz pojedinačne pravne norme nego iz konkretnog društvenog, odnosno pravnog poretka. Tako ni zakonitost u formalnom smislu ne može biti iznad prava, već se zakonitost nekog ponašanja može odrediti samo kroz tako definiran pravni poredak. Stoga upravo djelatnost sudske prakse, koja kroz institut zabrane zlorabe prava preuzima zadatak otkriti koji su konkretni oblici upotrebe subjektivnog prava nedopušteni, predstavlja po mišljenju autora, neobično važan doprinos ostvarenju temeljnog zahtjeva usuglašavanja prava i socijalističkog morala, odnosno stvaranja konkretnog pravnog poretka socijalističkog društva. Ovakvi stavovi prema moralu kao izvoru prava bili su široko prihvaćeni i u sudskoj praksi i to naročito vezano za institut ništavnosti ugovora koji su protivni društvenom moralu, te za pojedine slučajeve zlorabe pravnih ovlaštenja.⁶⁶

Donošenjem ZOO-a 1978. godine načelo zabrane zlorabe prava dobiva snagu izričite zakonske norme. ZOO zabranjuje vršenje prava koje je «protivno cilju zbog kojeg je pravo zakonom priznato». Takva je formulacija veoma bliska ili identična formulacijama zabrane zlorabe prava kakve nalazimo u većini građanskih zakonika socijalističkih (komunističkih) zemalja.⁶⁷ U većini ovih tekstova inzistiralo se na usuglašenosti vršenja prava s «ciljevima socijalističkog društva», «s društveno ekonomskom namjenom» subjektivnog prava i sl. Znači li to da se osnovano može braniti teza da je ovakva formulacija ZOO-a, koja je podignuta na razinu općeg načela, zakonski izraz ideje da su građanska subjektivna prava priznata subjektu ne samo i ne prvenstveno radi ostvarenja egoističnog individualnog interesa već ujedno i radi ostvarenja određenih društvenih ciljeva? Predstavlja li ono izraz ideja solidarizma i kolektivizma u građanskom pravu koje su karakteristične za sovjetsku i uopće socijalističku pravnu misao?

Ako analiziramo stavove naše pravne literature, pa čak i one iz razdoblja neposredno nakon donošenja zakona, kao i sudsku praksu koja se razvila u proteklom gotovo tridesetgodišnjem razdoblju, očito je da one ovo načelo ne shvaćaju na taj način. Naša pravna teorija je po svojim shvaćanjima pojma zabrane zlorabe prava mnogo bliža zapadnim razmišljanjima. Ona ovom načelu daje mnogo šire značenje no što to proizlazi iz samog teksta zakonske odredbe. U prvom redu, ona ga gotovo uvijek usko povezuje s načelom savjesnosti i poštenja smatrajući ga jednim od derivata ovog šireg pravnog postulata, ili pak posebnim, «kvalificiranim» slučajem nesavjesnog i nepoštenog ponašanja.⁶⁸ Time se naglašava da je problem zlorabe prava samo dio šireg problema odnosa pravnog i moralnog poretka.⁶⁹

⁶⁶ Vidi: Cigoj, op. cit., str. 183. sq.

⁶⁷ Takve stavove susrećemo u bivšim građanskim kodifikacijama nekadašnjih socijalističkih zemalja, primjerice: Civilni zakonik DDR (čl. 15. st. 1.); Građanski zakonik Mađarske (čl. 5. st. 1. i 2.); Osnove građanskog zakonodavstva SSSR (čl. 5. st. 1.).

⁶⁸ «Načelo savjesnosti i poštenja i zabrana zlorabe prava predviđaju jednu ideju, s tim što je zabrana zlorabe prava flagrantna povreda načela savjesnosti i poštenja, koja je formulisana u formi jedne zabrane», Stojanović, D., *Uvod u Građansko pravo*, Savremena Administracija, Beograd, 1988., str. 185. (u daljnjem tekstu: Stojanović, 1988).

⁶⁹ Blagojević – Krulj, op. cit. str. 67. sq.

Osim toga, naša pravna znanost i sudska praksa načelu zabrane zlorabe prava daju značenje koje je šire od protivciljnog vršenja prava tj. «institucionalne zlorabe prava». Zlorabom prava smatra se i tzv. individualna zloraba, iako ona strogo uzevši nije obuhvaćena tekstem čl. 13. ZOO-a niti čl. 5. Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima. Osnova za takvo proširenje shvaćanja pojma zlorabe nalazi se u primjeni načela savjesnosti i poštenja⁷⁰ i u općim moralnim i pravnim pravilima kao što je primjerice načelo *neminem laedere*.

No, zanimljivo je napomenuti da i pored ovakvog proširenja shvaćanja načela iz čl. 13. ZOO-a, koje očigledno prelazi doslovni tekst norme, gotovo ni jedan od autora⁷¹ izričito ne kaže da odredba čl. 13. ZOO-a sadrži zabranu samo jednog od mogućih slučajeva zlorabe prava. Uvijek se na općoj razini definiranja načela inzistira na tome da odredba čl. 13. sadrži opću zabranu zlorabe prava koja "pokriva" sve slučajeve, budući da je svaki slučaj zlorabe, bez obzira na konkretne okolnosti, uvijek ujedno i protivciljno vršenje subjektivnog prava. Čini se da interpreti čl. 13. ZOO-a, kako u doktrini tako i u praksi, žele na svaki način izbjeći bilo kakvo ograničavanje instituta zabrane zlorabe prava, makar to bilo i na način da normu tumače očigledno preko onog što ona doista govori.

5. Oblici zlorabe prava prema shvaćanjima sudske prakse i pravne znanosti

Kako je već naglašeno, doslovno tumačenje odredbe čl. 13. ZOO-a i čl. 5. Zakona o vlasničko - pravnim odnosima dopušta zabranu samo jednog od mogućih slučajeva zlorabe prava, a to je **vršenje prava protivno cilju zbog kojeg je zakonodavac to subjektivno pravo priznao subjektu**. Sva subjektivna prava se dodjeljuju očigledno radi ostvarenja određenih interesa (ciljeva) koje zakonodavac smatra vrijednostima koje zaslužuju njegovu zaštitu. Ako subjekt vršenjem prava ostvaruje interese koji nisu obuhvaćeni ciljem norme⁷² takvo je vršenje zloraba prava. Ovaj institucionalni vid zlorabe prava objektivno je određen, tj. nije ovisan o postojanju namjere da se drugome nanosi šteta. Osnovni problem kod ovakvog shvaćanja zlorabe prava je problem ispravnog teleološkog tumačenja, tj. preciznog definiranja cilja zbog ostvarenja kojega je subjektivno pravo njegovom titularu objektivnom normom priznato. To je posebno teško ako se radi o subjektivnim pravima koja su sveobuhvatna, široka i priznata radi ostvarenja niza različitih interesa i ciljeva, a u svakom slučaju kod ovog kriterija zlorabe prava nesumnjivo postoji veoma izražena opasnost od prevelike arbitrarnosti i samovolje tumača, i to zbog njegove relativne nepreciznosti.

No, pored vršenja prava protivno cilju zbog kojeg je priznato, zloraba prava može postojati i u drugim slučajevima koji se ne mogu uvijek smatrati protuciljnim vršenjem prava. Tako zloraba postoji i u slučaju da **subjekt vrši svoje pravo s namje-**

⁷⁰ Perović, op. cit., str. 118. sq.; Blagojević – Krulj, op. cit., str. 70.

⁷¹ Blagojević – Krulj, op. cit., str. 67. izričito navode da zabrana iz čl. 13. ZOO-a ne obuhvaća sve oblike zlorabe prava, te da su ostali slučajevi tzv. individualne zlorabe zabranjeni primjenom načela savjesnosti i poštenja. (čl. 12 ZOO-a).

⁷² Odredbe čl. 13. ZOO-a govore o suprotnosti cilju zbog kojeg je pravo «zakonom» priznato, no naravno ne radi se samo o zakonskim normama, već o bilo kojoj pravnoj normi iz koje izvire subjektivno pravo, dakle i podzakonske norme, običajno pravo, pa čak i odredbe pravnih poslova.

rom nanošenja štete drugom subjektu. Ova subjektivna, povijesno najstarija koncepcija zloporabe može se istina, u velikom broju slučajeva kao uža 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 koji rukovodi ovlaštenika, dok su ostali ciljevi pravom priznati i garantirani,⁷³ šikanozno se vršenje prava ne bi moglo podvesti pod strogi pojam protuciljnog vršenja prava.

Vršenje prava može biti njegova zloporaba i ako se *pravo vrši bez ikakvog opravdanog interesa, odnosno koristi za ovlaštenika prava.*⁷⁴ 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.⁷⁵

Isto tako, zloupotreba prava postoji i u slučaju kad se *pravo vrši radi ostvarenja nesrazmjerno manje vrijednog interesa titulara prava u odnosu na vrijednost i značaj interesa trećega koji se vršenjem prava vrijeda ili ograničava.*⁷⁶

Veoma 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 subjektivnog prava na način koji je za drugoga škodljiv ili opterećujući, ako se pravo može bez velikih žrtvovanja vlastitog interesa vršiti i na neki drugi način koji je manje tegoban za drugu stranu.⁷⁷ Pravna ideja koja stoji iza shvaćanja da je ovakvo korištenje prava njegova zloporaba, posebno je naglašena u zakonskim pravilima gotovo svih pravnih sustava koja reguliraju način vršenja stvarnih prava.⁷⁸

Jedan od slučajeva zloupotrebe prava predstavlja i tzv. *proturječno ponašanje*, tj. vršenje prava koje je u neskladu s ranijim, dopuštenim ponašanjem ovlaštenika prava u koje se druga strana osnovano pouzdala.⁷⁹ Naravno, pravo ne obvezuje titulara prava da se uvijek ponaša na način koji je u skladu s njegovim ranijim ponašanjem, tj. ako se kreće u granicama svog prava, subjekt nije pravno vezan svojim ranijim postupcima. No, ako su ispunjene određene pretpostavke odstupanje od ranijeg ponašanja, može predstavljati zloporabu subjektivnog prava. Ne radi se o tome da je novi način ponašanja (aktivnog ili pasivnog) sam po sebi zabranjen i protupravan, no u svezi s ranijim, također pravno dopuštenim postupcima, pokazuje se kao zloporaba prava. Da bi odstupanje od vlastitih postupaka bilo zloporaba prava, potrebno je da je ranije ponašanje opravdano stvorilo uvjerenje kod druge strane da će se titular prava i u budućnosti ponašati na isti način, te da je takvo odstupanje štetno za interese druge strane, a nije opravdano pretežitim interesom titulara prava.⁸⁰ Osim toga, strana koja se pouzdala u ponašanje

⁷³ Tzv. šikana u širem smislu. Vidi: *Vodinelić*, op. cit., str. 6. sq.

⁷⁴ Npr. zahtjev za ispunjenje čimdbje koju vjerovnik mora u neposrednoj budućnosti vratiti dužniku; vršenje prava zaloga ili prava retencije radi osiguranja tražbine koja je dovoljno osigurana drugim sredstvima osiguranja, i sl.

⁷⁵ *Vizner*, op. cit., str. 81.; *Perović*, op. cit., str. 136.

⁷⁶ Npr. jednostrani raskid ugovora ili zahtjev za isplatu ugovorne kazne zbog neispunjenja nerazmjerno malog dijela dugovane prestacije, vršenje prava retencije na stvari koja je nesrazmjerno više vrijedna od vrijednosti potraživanja koje se time osigurava i sl.

⁷⁷ 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 vrši, osobe koja ga vrši i sl. Više o svim ovim aspektima neprimjerenog vršenja prava vidi: *Vodinelić*, op. cit., str. 22. sq.

⁷⁸ Primjerice, pravila o vršenju stvarnih služnosti «civiliter».

⁷⁹ Institut poznat pod nazivom «*venire contra factum proprium*» kao poseban slučaj zloporabe prava smatra se jednim od najznačajnijih i najčešćih u sudskoj praksi, iako se sudovi veoma rijetko izričito pozivaju na ovaj institut. Vidi: *Perović*, op. cit., str. 118. sq.; *Vizner*, op. cit., str. 78.

⁸⁰ Npr. ako je dužnik svojim ponašanjem zadržao tužitelja od pravovremenog ostvarenja zahtjeva obećavajući mu ispunjenje, a onda se poziva na zastaru tužbenog zahtjeva; ako druga strana iz postupaka titulara prava osnovano može zaključiti da titular neće vršiti svoje pravo, a onda on to pravo zahtjeva i sl.

ovlaštenika, mora u svakom slučaju biti savjesna, tj. njezino pouzdanje u konzistentno ponašanje ovlaštenika mora biti očigledno i nesumnjivo. Konačno, mora postojati uzročna veza između oštećenja interesa i promijenjenog ponašanja ovlaštenika. No, potrebno je napomenuti da su slučajevi koji spadaju u *venire contra factum proprium* veoma specifični i u svakom je konkretnom primjeru nužno posebno ispitivati da li je opravdana primjena ovog instituta s obzirom na sve okolnosti slučaja. Naime, sud u ovakvim slučajevima uvijek mora pokušati naći osjetljivu ravnotežu između dva načela koja se međusobno isključuju. Mora poštovati načelo da nitko nije vezan vlastitim prethodnim ponašanje, ali istovremeno i spriječiti povredu načela savjesnosti i poštenja.⁸¹

I konačno, u sudskoj se praksi i pravnoj znanosti veoma često govori o zabrani vršenja vlastitog prava ako je **vršenje prava protivno moralu ili pravičnosti**. Radi se o situacijama u kojima se vršenje subjektivnog prava ne može zabraniti pozivom ni na jedan gore navedeni kriterij, ali je pravna pozicija ovlaštenika prava stečena na nemoralan, nesavjestan ili nepošten način. Vršenje prava se u tom slučaju zabranjuje pozivom na moralna pravila, načelo savjesnosti i poštenja, dobre običaje, pravičnost i sl.⁸²

U svim ovim situacijama moguće je da subjekt vrši pravo u skladu s ciljem radi kojeg je to pravo priznato,⁸³ ali i pravna znanost i sudska praksa veoma dosljedno sve ove kriterije proglašavaju valjanim osnovama za zabranu takvog vršenja subjektivnog prava. Svaki od njih je sam za sebe u našem pravu posve dovoljan da izazove zabranu ponašanja ovlaštenika. Sudska praksa se u svojim odlukama pritom formalnopravno redovito poziva na odredbe čl. 13. ZOO-a ili čl. 5. Zakona o vlasničko - pravnim odnosima, iako je simptomatično da gotovo nikada ili veoma rijetko posebno elaborira zakonom predviđenu «protivnost cilju» zbog kojeg je pravo priznato.

Ovo inzistiranje kako pravne teorije tako i sudske prakse na tome da je zabranjena svaka zloraba prava, bez obzira što je takvo shvaćanje u nesuglasju s doslovnim tumačenjem normi koje zabranjuju protuciljno vršenje prava, veoma jasno govori o stavu pravnog poretka prema ovom problemu. Činjenica je da i sudska praksa i pravna znanost načelo iz čl. 13. ZOO-a i čl. 5. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima tumače tako da proglašavaju zabranjenim svako korištenje vlastitog prava koje se po svim navedenim kriterijima smatra zlorabom prava. Ako takvo tumačenje i nije strogo uzevši formalnopravno u skladu s ograničavajućim odredbama navedenih normi, već se prihvaća očigledno prošireno tumačenje, to samo znači da se zabrana zlorabe shvaća kao opća, generalna zabrana, bez obzira na nesavršenost i ograničenost zakonskih odredaba.

Takav je stav teorije i sudske prakse potpuno u skladu sa stajalištima koja su u našoj pravnoj znanosti i sudskoj praksi bila široko prihvaćena i prije donošenja ovih zakona.⁸⁴

⁸¹ Naravno, ako titular prava mijenja svoje ranije ponašanje s namjerom da drugoj strani time nanese štetu može se govoriti o zlorabi subjektivnog prava pozivom na zabranu šikanoznog vršenja prava na promjenu vlastitog ponašanja. No, postojanje zle namjere se ne zahtijeva za postojanje zabrane proturječnog ponašanja prava kao posebnog oblika zlorabe prava.

⁸² Ugovorna strana koja prevarno navede drugog ugovaratelja da vjeruje kako za određeni ugovor nije potrebna forma a kasnije se poziva na ništavost ugovora zbog nedostatka forme; vjerovnik koji spriječi glavnog dužnika da izvrši obvezu traži izvršenje obveze od jamca i sl.

⁸³ Iako je, naravno, isto tako moguće da je i u ovim situacijama ujedno povrijeđen i cilj radi kojeg je zakon priznao ovlašteniku određeno pravo. Naime, kako se ističe u pravnoj teoriji (Vodinić, op. cit., str. 95. sq.), pojedini kriteriji zlorabe prava se međusobno ne isključuju, oni mogu postojati jedan pored drugoga u istom činjeničnom stanju, i u praksi je to veoma često zaista i slučaj.

⁸⁴ Konstantinović, M., *Zabrana zlorabe prava i socijalizacija prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1925/2.; Perić, N., *Teorija zlorabe prava i građansko zakonodavstvo*, Beograd, 1912.; Rastovčan, op. cit., str. 71. sq.; Stojanović, D., *Savjesnost i poštenje u prometu*, Savremena Administracija, Beograd, 1973. (u daljnjem tekstu: Stojanović, 1973.).

Iako zakoni pojam zloporabe vezuju isključivo za jedan od njezinih pojavnih oblika, u sudskoj se praksi pod odredbe čl. 13. ZOO-a, odnosno čl. 5. Zakona o vlasničko - pravnim odnosima podvode i svi ostali gore navedeni slučajevi zloporabe subjektivnih građanskih prava. Očito je, dakle, da sudska praksa smatra da se radi o općoj zabrani koja, barem implicite, sadrži u sebi ne samo zabranu protuciljnog vršenja prava, nego i ostale slučajeve u kojima je uporaba subjektivnog prava zabranjena.

Takav je stav sudske prakse zacijelo dijelom utemeljen i na mišljenjima široko prihvaćenima u pravnoj teoriji da odredba čl. 13. ZOO-a postavlja generalno načelo zabrane zloporabe prava u našem pravu, a ne samo zabranu jednog od njenih oblika. No, s druge strane, ista ta pravna teorija, kad raspravlja o zloporabi prava gotovo redovito navodi da se pojam zloporabe prava ne može ograničavati isključivo na korištenje prava protivno cilju radi kojega je priznato, te navodi kao relevantne i ostale spomenute kriterije. Postavlja se stoga pitanje kakav pojam zabrane zloporabe postoji danas u našem pravu, odnosno na kojim osnovama sudska praksa i pravna nauka temelje svoje shvaćanje o zabranjenosti ponašanja koje sankcioniraju.

No prije nego se upustimo u raspravljanje o tom problemu, potrebno je naglasiti da ove dvije skupine slučajeva⁸⁵ u kojima se u našoj sudskoj praksi i znanosti smatra da postoji zloporaba prava, nisu nipošto strogo odvojene. Karakteristično je da se moralni sadržaj načela, njegova uloga odlučujućeg kriterija koji mora premostiti raskorak između formalnog i istinskog prava, uvijek pojavljuje kao *ultima ratio* svake od ovih primjena načela na konkretne odnose. To je potpuno logično jer se oni slučajevi zloporabe koji se ne mogu podvesti pod «protivnost svrsi zbog kojeg je pravo priznato» utemeljuju u primjeni načela savjesnosti i poštenja kao šireg moralnog postulata, koji u sebi kao uži krug sadrži i zabranu zloporabe prava.

6. Pravna priroda načela zabrane zloporabe prava

Kako se kod zabrane zloporabe prava očigledno radi o određenim ograničenjima u vršenju sadržaja subjektivnog prava, svaki pokušaj da se detektiraju osnove na kojima sudska praksa temelji svoja shvaćanja o zabranjenosti pojedinih načina korištenja pravnih ovlaštenja mora poći od pojma subjektivnog prava. Subjektivno pravo je pravo koje titular crpi iz norme objektivnog prava, apstraktne pravne norme koja mu daje ovlaštenje da se na određeni način ponaša prema drugim subjektima s kojima je u pravnom odnosu, i (ili) da od njih zahtijeva da se prema njemu na određeni način ponašaju. Sadržaj subjektivnog prava su pojedinačna ovlaštenja titulara prava upravljena prema svima onima koji su to pravo dužni poštovati. To znači da na temelju pravne norme titular može vršiti svoja ovlaštenja iz subjektivnog prava, ali istovremeno i da se može kretati isključivo u granicama zakonom priznatih ovlaštenja. Drugim riječima, subjektivno je pravo objektivnim pravom definirana sfera slobode djelovanja (pozitivnog ili negativnog) titulara prava.⁸⁶

Svako postupanje koje prelazi zadane granice zakonom definiranih ovlaštenja je protupravno postupanje i sankcionirano je od strane pravnog poretka kao delikt, kao

⁸⁵ Tzv. institucionalna zloupotreba, ako se radi o protuciljnom vršenju prava i tzv. individualna zloupotreba u ostalim slučajevima.

⁸⁶ Tzv. *Facultas agendi*.

«ne-pravo». No, ako ovlaštenik prava ostaje u granicama objektivnim pravom definiranog sadržaja subjektivnog prava, ako ničim ne prekorači te granice, iz same prirode subjektivnog prava logički proizlazi da njegovo ponašanje ne može biti protupravno, pa time ni zabranjeno.⁸⁷ Promatrana s tog stanovišta čak se i sama jezična konstrukcija koja govori da je vršenje sadržaja subjektivnog prava «dopušteno» pokazuje kao formalno logički besmislena i u sebi apsolutno kontradiktorna. Naime, ako je riječ o «pravu», posve je suvišno govoriti da je njegovo vršenje «dopušteno». Jer ako postoji «pravo» ponašati se na određeni način, onda takvo ponašanje, naravno pod uvjetom da ostaje strogo u zakonskim granicama, ne može biti «nedopušteno». Ova se dva pojma međusobno isključuju ili, jednostavnije rečeno, vršenje prava ne može biti protupravno.⁸⁸

U tom se svjetlu sam pojam zlorabe prava kao nedopuštenog vršenja prava nužno pokazuje kao proturječan i pravno logički nemoguć pojam. Na takvom se razmišljanju temelje stavovi onih teoretičara koji negiraju mogućnost postojanja pojma zlorabe prava, tj. negiraju mu svaku logičnu, a pogotovo pravnu utemeljenost.⁸⁹ Ako subjekt vrši svoje pravo, njegov je akt dopušten, ako prekorači granice prava, ako je njegovo djelovanje nedopušteno pravom, on postupa protupravno, vrši delikt, a to znači ne više pravo, nego djeluje protupravno. Pojam zloupotrebe prava se tako pokazuje kao *contradictio in adjecto*, jer jedan isti akt ne može biti istodobno i vršenje prava i protupravan akt.

Otuda potječe i poznato gledište po kojem se pravo ne može zloupotrijebiti jer tamo gdje zloupotreba počinje, pravo prestaje.⁹⁰ Naravno, takva gledišta ne negiraju mogućnost da subjekt odgovara za radnje koje predstavljaju povredu granica kojima je njegovo subjektivno pravo omeđeno, nego samo ističu da se u tom slučaju ne radi više o vršenju prava, nego o vršenju ne-prava, odnosno o deliktu.⁹¹ Osim toga, ističe se da sama činjenica što je titular prava vršeći sadržaj svog prava time povrijedio određene interese treće osobe ne može biti osnova za zabranjivanje takve uporabe prava ili za odgovornost za uzrokovanu štetu, naravno uvijek samo pod pretpostavkom da nema elemenata delikta. Jer, jedan od temeljnih zakona koji obilježava odvijanje svih društvenih odnosa jest činjenica da je svako izvršenje prava jedne osobe uvijek u određenoj mjeri štetno ili ograničavajuće u odnosu na interese drugih osoba. Po ovim gledištima, ako izvršavanje subjektivnog prava u granicama tog prava ne bi bilo apsolutno slobodno, nastala bi neizdrživa situacija da ovlaštenik formalnopravno ima određeno subjektivno pravo, ali ga ne može koristiti, što zapravo znači negaciju samog subjektivnog prava.⁹²

⁸⁷ Ova je misao veoma jasno izražena još u rimskom pravu u sentencama kao što su, primjerice: "*Nul-lus videtur dolo facere qui iure utitur*" (Gaius, Digesta, 50,17,55); "*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*" (Paulus, Digesta, 50,17,151).

⁸⁸ To bi značilo da postoje dvije vrste vršenja prava, «nedopušteno» i «dopušteno», što je samo po sebi nelogično i kontradiktorno.

⁸⁹ Više o ovim teorijskim stavovima vidi: Perić, op. cit., str. 46. sq.; Pavčnik, opo.cit., str. 25. sq.;

⁹⁰ Planiol – Ripert, *Traite elementaire de droit civil francais, tome II*, Paris, 1932., str. 283. sq.

⁹¹ Po ovakvim shvaćanjima, subjektivna prava predstavljaju sferu u kojoj se njihov nositelj može suvereno kretati i suprotno je samom pojmu subjektivnog (barem u domeni privatnog prava) prava dopustiti da neko drugi može tim pravom raspolagati, odnosno da u upotrebi svog suverenog prava subjekt mora voditi računa o interesima drugoga. Smatra se da bi to značilo potpunu negaciju i praktički ukidanje pojma subjektivnog prava, apsolutnu slobodu suca nad zakonom, put u pravni solidarizam i kolektivizam, negaciju zakonodavnog prava i davanje sudu ovlasti koje može imati samo zakonodavac. Stoga je teorija o zloupotrebi prava izravno suprotna načelu pravne sigurnosti jer daje sucu "cenzorske" ovlasti, pravo da temeljem moralnih načela i stavova ograničava zakonom priznato pravo. Više vidi: Perić, op. cit., str. 46. sq.

⁹² Planiol – Ripert, op. cit. str. 289.

Kako onda objasniti postojanje i kriterije koji rukovode očigledno u pravnoj praksi i znanosti priznatim institutom zabrane zloporabe subjektivnog prava? To je moguće samo ako se razriješi pitanje pravne prirode ove zabrane. Temeljno je pitanje da li se zabranom određenih načina vršenja subjektivnog prava postavljaju samo granice u kojima subjekt može vršiti svoje postojeće pravo, ili ova zabrana znači da subjekt pravo uopće nema, u kojem slučaju je njegovo ponašanje, koje se u pravu naziva zloporabom prava, zapravo protupravno ponašanje koje je stoga pravno zabranjeno.

U traženju odgovora na pitanje o pravnoj prirodi zabrane zloupotrebe prava formirale su se tijekom dugogodišnjih rasprava dvije teorije. Jedna je tzv. vanjska teorija koja smatra da su subjektivna prava ograničena izvana, i to materijalno pravnim pravilima pravnog poretka, a posebno načelom svjesnosti i poštenja. Ograničenja ne utječu na postojanje i sadržaj samog prava. Onaj tko zloupotrebljava svoje subjektivno pravo ne prelazi granice tog prava, on vrši ono što je sadržaj njegova ovlaštenja, to ovlaštenje ostaje postojeće i neizmijenjeno, ali je sam način vršenja sadržaja subjektivnog prava zabranjen.⁹³ Radnja nije zabranjena stoga što bi se radilo o vršenju ne-prava ili o prekoračenju granica prava, već stoga što su povrijeđene vanjske zabrane koje određuju da se u određenim okolnostima to pravno utemeljeno ovlaštenje ne može vršiti na određeni način.⁹⁴

Unutarnja teorija pak smatra da zabrana zloporabe prava proizlazi iz samog pojma subjektivnog prava, odnosno da već sama definicija sadržaja subjektivnog prava, tj. pojedinih ovlaštenja koja čine taj sadržaj, postavlja unutarnje granice vršenju prava. Prema ovim stajalištima, zloporaba prava postoji onda kada titular prava u vršenju sadržaja tog prava prekorači ovako postavljene granice, odnosno kada vrši određenu radnju (pozitivnu ili negativnu) koja ne odgovara objektivnim pravom⁹⁵ postavljenoj definiciji pojedinih ovlaštenja od kojih se sastoji njegovo subjektivno pravo.⁹⁶ To znači da se prihvaća stav po kojem su zloporaba prava i subjektivno pravo pojmovi koji se međusobno isključuju. Naime, titular koji probija granice objektivnim pravom definiranog sadržaja pojedinih pravnih ovlaštenja ne vrši više svoje subjektivno pravo, nego postupa protupravno, a samo naizgled se čini da vrši svoje pravo. On je svojim pozitivnim ili negativnim radnjama izašao iz objektivno određenih okvira pravnog ovlaštenja, postupio je protivno pravu i stoga mora za to snositi posljedice.⁹⁷

⁹³ Budući da su granice koje se postavljaju vršenju prava vanjske, ne utječu na sadržaj i postojanje samog subjektivnog prava, one se mogu s vremenom i s razvojem društvenih odnosa i pravne svijesti o tome koji način vršenja prava predstavlja njegovu zloupotrebu mijenjati tako da ono što je u jednom razdoblju zabranjeno kasnije može biti dopušteno, ili obrnuto.

⁹⁴ Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité*, Paris, 1927.; Vuković, M., *Zabrana zloupotrebe prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1953/III., (u daljnjem tekstu: Vuković, 1953.); Pavčnik, M., *Zloraba pravice*, Ljubljana, 1986., str. 49. sq. (u daljnjem tekstu: Pavčnik, 1986.); Lukić, R., *O zloupotrebi prava*, Pravna misao, 1941/I-II.

⁹⁵ Kao što je već naglašeno, pod objektivnim pravom se ne podrazumijevaju samo zakonske norme nego i sva druga pravila koja čine korpus građanskog prava, a to znači i podzakonski akti, običajno pravo, pravni posao (za stranke), te posebno opća načela građanskog prava ili čak načela koja vrijede za pravni poredak u cjelini, kao što je načelo pravičnosti, dobre vjere, načelo savjesnosti i poštenja, načelo zabrane uzrokovanja štete drugome i sl. Isto tako, sadržaj subjektivnog prava određen je (a time i ograničen), po ovim stajalištima, i pravilima morala društva, dobrim običajima, odnosno svim onim pravilima koja čine javi poredak.

⁹⁶ Ove unutarnje granice svakog subjektivnog prava određene su pozitivnim pravnim propisima koji definiraju sadržaj subjektivnog prava, ali isto tako i smislom prava i općim pravnim načelima kao što su savjesnost i poštenje, dobri običaji, moral i sl.

⁹⁷ Cigoj, op. cit. str. 186. sq.; Esser, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1960., Blagojević – Krulj, op. cit., str. 76. sq.; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil*, C.H. Beck Verlag, München-Berlin, 1953., str. 83. sq.; Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch*, Berlin, 1935.

Dakle, po ovim razmišljanjima neokrnjena ostaje stara rimska maksima *qui iure suo utitur neminem laedit*, budući da se ne odgovara ako se vrši pravo, već samo ako se vrši ne-pravo.⁹⁸ No, potrebno je posebno naglasiti da to ne znači da se kod zlorabe prava zapravo radi o deliktu. Delikt je posebna osnova odgovornosti za čiji se nastanak zahtijevaju posebne pretpostavke koje ne moraju biti ispunjene kod slučajeva koji predstavljaju zlorabu prava.⁹⁹ I, što je bitno, zloraba prava pretpostavlja uvijek ponašanje koje odgovara po svom sadržaju vršenju ovlaštenja (subjektivnog prava), ali je zbog postojanja posebnih pretpostavki¹⁰⁰ nedopušteno, tj. prelazi granice ovlaštenja i postaje vršenje ne-prava. Da takvih okolnosti nema, vršenje radnje bi bilo dopušteno vršenjem subjektivnog prava, dok je delikt uvijek samostalna nedopuštena radnja suprotna primarnoj dispoziciji pravne norme.¹⁰¹

Stavovi o unutarnjim ograničenjima subjektivnog prava danas nose prevagu u pravnoj znanosti usporednog prava. Takvo je gledište smatramo jedino moguće jer se jedino tako pravno teorijski može objasniti da su ponašanja koja se smatraju zlorabom prava zabranjena i da povlače za sobom pravnu sankciju. Konstrukcija o pravu koje je egzistentno i neokrnjeno, a ipak je njegovo vršenje zabranjeno, proturječi samom pojmu subjektivnog prava, nejasna je i nedosljedna.¹⁰² Po njoj je zloupotreba prava istodobno i vršenje prava i prekršaj prava, jer se odvaja pojam prava od njegova vršenja.¹⁰³

Iako se ponekad u našoj pravnoj znanosti ističe da razlika između ova dva shvaćanja ima samo doktrinarno značenje, da ulazi u polje teorije i filozofije prava, a da je za praksu irelevantna,¹⁰⁴ čini se da ipak prevladava, makar i implicitno, stav da zloupotrebljava svoje pravo onaj tko prelazi «unutarnje» granice pravnih ovlaštenja, tj. tko djeluje izvan granica svojih prava. Prema tome, glavni problem u definiranju zlorabe, odnosno slučajeva koji predstavljaju zlorabu prava, postaje problem određenja unutarnjih granica svakog subjektivnog pravnog ovlaštenja.

⁹⁸ Ovakva shvaćanja ne smiju se izjednačiti s onima koja negiraju mogućnost postojanja, a time i zabrane zloupotrebe prava. Iako se ističe da se pravo i zloupotreba isključuju, to ne znači da je ovakvo ponašanje dopušteno. Ono predstavlja zabranjenu radnju koju pravni poredak mora sankcionirati jer subjektivna prava ne sadrže neograničena ovlaštenja. Problem je samo u definiranju tih granica.

⁹⁹ Tako se za postojanje zloupotrebe ne zahtijeva u svakom slučaju postojanje štete u imovini ili na osobi drugoga, niti se za odgovornost zahtijeva postojanje krivnje (osim u slučaju šikanoznog vršenja subjektivnog prava) koja je u pravilu uvjet deliktne odgovornosti.

¹⁰⁰ Namjera nanošenja štete drugome vršenjem vlastitog prava, nepostojanje interesa za vršenje prava, nerazmjer interesa ili koristi i štete koja se nanosi drugome, nemoralnost i nepravičnost ponašanja, proturječno ponašanje, vršenje prava protivno cilju itd.

¹⁰¹ Više vidi: **Vodinić**, op. cit. str. 202. sq.

¹⁰² Tako se, primjerice, ističe da se u pojmu zloupotrebe prava miješaju pravno i protupravno. Vidi: **Pavčnik**, 1986., str. 49.

¹⁰³ Ova konstrukcija zloupotrebe prava je moguća samo ako se od subjektivnog prava odvaja njegovo izvršenje, inače je nespojiva s pojmom subjektivnog prava i maksimumom *qui iure suo utitur neminem laedit*.

¹⁰⁴ Tako **Stojanović**, 1988., str. 175. sq., ističe da i jedna i druga teorija imaju svoje prednosti koje se ne isključuju. Iako se po nekim njegovim razmatranjima može zaključiti da prihvaća shvaćanja tzv. unutarnje teorije, on ističe da vanjska teorija vodi računa o relativnosti sadržaja subjektivnih prava do koje nužno dolazi zbog toga što je zakonodavcu u trenutku postavljanja norme teško precizno odrediti sadržaj svih ovlaštenja koja čine jedno subjektivno pravo. Stvar je, smatra on, zakonodavca hoće li prihvatiti jednu ili drugu metodu u ograničavanju subjektivnih prava, tj. hoće li ih ograničiti precizno već prilikom njihovog definiranja, ili će to učiniti kasnije, drugim pravnim normama.

7. Uloga sudske prakse u stvaranju i primjeni načela zabrane zloporabe prava

Sadržaj subjektivnih prava, ovlaštenja koja ono sadrži, redovito je pravnim normama određen vrlo uopćeno, tipizirano i neprecizno. Životni odnosi pak, u kojima se subjektivna prava vrše, konkretni su, složeni i pojavljuju se u iznimno velikom broju varijacija. Objektivno pravo nije u stanju obuhvatiti svekoliko to bogatstvo odnosa. Ideja potpunosti zakona ako ga shvatimo kao formalan normativan akt je, posebno u građanskom pravu, potpuno neostvariva. Iako bi ostvarenje tog ideala po kojem zakon mora sadržavati materijalno potpuno iscrpna i pravilna rješenja za svaki slučaj zaista značilo ujedno i ostvarenje načela potpune pravne sigurnosti, jer bi primjena prava bila samo jednostavna i mehanička aplikacija gotovog i apsolutno zadovoljavajućeg pravila na konkretan slučaj, to je u građanskom pravu nemoguće. Jedini način na koji zakonodavac može regulirati građanskopravne odnose je generalna i apstraktna norma pogodna «pokriti» sve raznolike postojeće i sve moguće buduće situacije.

Onaj tko primjenjuje normu na konkretan slučaj (a u pravilu je to sudac) ima samo veoma grub i nesavršen instrument, samo sadržajno otvoreno i nedovoljno određeno pravno pravilo pomoću kojega u postupku primjene prava mora dati odgovor na specifično i konkretno životno pitanje. To znači da on mora konačno i precizno odrediti granice subjektivnog prava i odlučiti je li u konkretnom slučaju subjekt ostao u granicama svog prava, ili je te granice svojim ponašanjem povrijedio. Kada bi pravnotehnički bilo moguće na normativnoj razini tako odrediti sadržaj svih subjektivnih prava da se precizno u svakoj situaciji može definirati da li ovlaštenik vrši svoje pravo ili prelazi njegove granice, načelo zabrane zloporabe prava bilo bi potpuno suvišno. No, to ne samo da nije moguće nego je potpuno suprotno duhu i potrebama građanskog prava. Zbog izuzetne dinamike u razvoju građanskopravnih odnosa i gotovo neprojenih varijacija korištenja subjektivnih prava, građanskopravna regulativa mora težiti općenitosti i generalizaciji. Redukcija na pravni dogmatizam i pozitivizam bila bi pogubna za pravnu praksu u građanskom pravu i za njegov daljnji razvoj.

Istina, općenitost zakonske regulative daje veliku slobodu onome tko tumači i primjenjuje normu, nastaje opasnost od arbitrarnog sudovanja, odlučivanja po osjećaju, a ne po pravu, opasnost da se pravo pretvori u ne-pravo, da se povrijedi načelo pravne sigurnosti i načelo jednakog postupanja u istim ili bitno sličnim situacijama.¹⁰⁵ Ali, upravo neka temeljna pravna načela kao što su načelo savjesnosti i poštenja, načelo pravičnosti, načelo zabrane uzrokovanja štete i načelo zabrane zloporabe prava predstavljaju pogodne instrumente kojima se takve opasnosti mogu svesti na najmanju mjeru. Ona omogućavaju rješavanje one poznate napetosti između formalnog prava i zahtjeva za ostvarenjem pravednog prava, za poštivanjem duha prava kao cjeline i duha pojedine pravne institucije. Njihova primjena pokazuje da sudska praksa nije samo mehanička aplikacija gotovog i samodovoljnog zakonskog rješenja, nego je ujedno i akt stvaranja prava.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Više o odnosu sudskog stvaranja prava i načela pravne sigurnosti vidi: **Galgano, F.**, *Diritto civile e commerciale, Volume Primo*, Cedam, Padova, 1990., str. 116. sq.

¹⁰⁶ Više o ulozi općih načela (posebno ZOO-a) na sudsko stvaranje prava vidi: **Stojanović, D.**, *Značaj i funkcija općih načela ZOO-a i njihov uticaj na sudsku praksu*, Pravni život, I. Tom, 1988., str. 3.-13.; **Pulejko, T.** – **Maksimovski, R.**, *Načelo savjesnosti i poštenja u prometu*, Pravni život, I. Tom, 1988., str. 44.-51.; **Blagojević, B.**, *Osnovna načela Zakona o obligacionim odnosima i zadaci suda u parničnom postupku*, ...

Sudac koji primjenjuje opće načelo zabrane zlorabe prava odlučuje u svakom konkretnom slučaju što je sadržaj pojedinog ovlaštenja kao dijela subjektivnog prava. Generalnu i općenitu pravnu normu koja definira sadržaj pojedinog subjektivnog prava on time «popunjava» određenim sadržajem koji u normi nije prethodno voljom zakonodavca bio izričito definiran. Svi kriteriji kojima se definira postojanje zlorabe prava, a koji se pojavljuju dosljedno u našoj sudskoj praksi, nastali su ovakvom aktivnošću sudova.¹⁰⁷ Dakle, sudovi su ograničavali i isključivali pojedine načine vršenja subjektivnih prava, iako za to nije bilo formalnog osnova u apstraktnoj normi koja to pravo priznaje. Ni odredbe čl. 13 ZOO-a ni odredbe čl. 5. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima koje su veoma općenite i govore samo o protuciljnom vršenju prava, nisu mogle pružiti čvrsto uporište, dati točne smjernice o tome što se smatra zlorabom prava. Prema tome, načelo je nastalo u praksi, ono je rezultat niza slučajeva u kojima su sudovi smatrali da primjenu prava iz ovog ili onog razloga treba odbiti. Kazuistika je svojom dosljednošću i gustoćom odredila sadržaj i kriterije općeg načela.¹⁰⁸

To pokazuje dvostruku povezanost pravnog načela zabrane zlorabe prava i djelovanja sudske prakse. S jedne strane, sva temeljna pravna načela, pa i načelo zabrane zlorabe prava, nastaju kao rezultat djelovanja sudske prakse. Sudovi su od pretorskih vremena do danas više ili manje dosljedno uskraćivali pravnu zaštitu ili zabranjivali vršenje prava koje su smatrali protivnim nekom od temeljnih moralnih pravila, odnosno protivnim zahtjevima pravnog poretka. To je često značilo čak izravno suprotstavljanje pozitivnom pravu ili čak djelovanje sudske prakse mimo zakona, ako bi poštovanje zakona rezultiralo nepravničnom odlukom. Forme u kojima su to radili bile su različite, ali postupno se uobličavalo shvaćanje koje je dovelo do definiranja zabrane zlorabe prava kakva je danas poznata.

S druge strane, bilo koje pravno načelo, pa i načelo zabrane zlorabe prava, onda kada je izraženo kao postulat u zakonu, postoji kao pravna realnost samo ako se konkretizira i oživotvori u sudskoj praksi. Ona dobivaju svoj pravno živući oblik i značenje tek u sudskoj praksi, odnosno tek kada se povežu s činjeničnim supstratom konkretnog slučaja. Bez toga su samo nepotpun naputak. To posebno stoga što sudska odluka ne primjenjuje pravno načelo na isti način na koji primjenjuje druge pravne norme. Jer pravno načelo nije isto što i svaka druga pravna norma, ono je prvenstveno pravilo vriednosti koje sadrži samo opću hipotezu, a tek mu konkretna primjena u sudskoj praksi može dati sadržaj pravne norme kao pravila postupanja u određenoj situaciji. Prema tome, sudska odluka nije samo jednostavno ispunjenje načela, mehanička primjena pravila na životnu datost, ona je, kako se ističe u pravnoj teoriji, «njegova pozitivna osnova važenja».¹⁰⁹

...Pravni život, 1983/3., str. 283.-297. O utjecaju načela pravičnosti na sudsku praksu vidi: Vukmir, B., *Sudbenost equity u anglo-američkom pravu*, Naša zakonitost, 1963., str. 520.-529.; Marković, B., *Sudbenost po pravičnosti u opštem i arbitražnom pravu*, Pravni život, 1986/2., str. 135.-150.; Danilović, J., *Pravničnost kao merilo pri sudskom odlučivanju prema Zakonu o obligacionim odnosima*, Pravni život, I. Tom, 1988., str. 15.-35.; De Cupis, A., *Precisazioni sulla funzione dell'«equita» nel diritto privato*, Rivista di diritto civile, 1971/1, str. 633.-655.

¹⁰⁷ I to, prije no što je izričita zabrana zlorabe prava postala dio odredbi ZOO-a.

¹⁰⁸ Jedna odluka suda nikada neće biti dovoljna za nastanak načela, već samo postojanje relativno guste prakse i široko prihvaćanje određenog stava od većine sudova.

¹⁰⁹ Stojanović, D., *Značaj i funkcija opštih načela ZOO-a i njihov uticaj na sudsku praksu*, Pravni život, I. Tom, 1988., str.10.

Drugim riječima, ako sudska praksa ne primjenjuje u zakonu definiran postulat, on se ne može smatrati načelom određenog pravnog poretka. No s druge strane, ako u sudskoj praksi postoji određeno shvaćanje, dovoljno utemeljeno i relativno široko prihvaćeno, to znači da je formirano određeno načelo, bez obzira je li ga zakon ili neki drugi normativni akt izričito definirao ili ne. To stoga što su temeljna pravna načela, među koje nesumnjivo spada i načelo zabrane zlorabe prava, imanentna pravnom poretku, ona kao tzv. ispravno pravo ne moraju biti izričito sadržana u pravnim aktima normativnog prava da bi važila i obvezivala. Ona nastaju kreativnim djelovanjem sudske prakse, a pravna znanost i normotvorac ih samo više ili manje uspješno uobličavaju.¹¹⁰ To se najbolje vidi po načinu na koji naša praksa tumači odredbe čl. 13. ZOO-a i čl. 4. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima, koje sadrže zabranu samo jednog od mogućih vidova zlorabe prava.

Kao izraz moralnih stavova sredine oni omogućavaju kreativnu djelatnost sudova u dva smjera. S jedne strane, to je popunjavanje konkretnim sadržajem apstraktnih pravnih normi koje nisu dovoljno određene, ili pak nalaženje norme koja je odgovarajuća za konkretni slučaj.¹¹¹ S druge, omogućavaju odstupanje od pravnih normi ili pojedinih mogućih tumačenja pravnih normi koja svojim sadržajem ne odgovaraju ovom «ispravnom pravu».¹¹² Njihovo važenje ne smije niti može ovisiti od volje zakonodavca, ali kada ih zakonodavac postavlja, potrebno je da budu visoko generalizirani jer jedino tako mogu biti kriterij po kojem sudska praksa djeluje. I onda kada nisu izričito sadržana ni u jednom normativnom aktu, ovakva temeljna pravna načela se gotovo uvijek mogu «otkriti» iz duha i smisla pojedinih instituta ili pravila zakona.¹¹³ Uostalom, većina tih pojedinačnih instituta nastala je povijesno također djelovanjem sudske prakse vođene određenim načelom kao višim postulatom, a tek kasnije su voljom zakonodavca postali normativno pravo.

Načelo zabrane zlorabe prava, kao i ostala načela koja sadrže i izražavaju tzv. «etički minimum» prava, ne mogu postojati niti se njihov sadržaj može razumjeti i realizirati ako se isključi mogućnost da sudska praksa kreativno sudjeluje u stvaranju prava. Apsolutni pravni pozitivizam i dogmatizam koji bi inzistirao na konkretnom normativnom rješenju za svaki slučaj i isključivao potrebu primjene načela kao rukovodećih ideja prava, ne samo da nije moguć nego bi doveo do dezintegracije prava, do pretvaranja prava u skup tehničkih pravila čija bi primjena nužno vodila u ne-pravo, u negaciju prava kao sustava koji mora ostvariti ideju pravde.

¹¹⁰ Ili ih, pak, uopće ne definiraju na normativnoj razini, ali oni ipak predstavljaju sastavni dio pravnog poretka. To najbolje ilustrira situacija u francuskom pravu u kojemu, kako je gore objašnjeno, na zakonodavnoj razini nije uopće definirano načelo zabrane zlorabe prava, ali je u sudskoj praksi veoma široko prihvaćeno i izuzetno detaljno elaborirano.

¹¹¹ Pozitivna funkcija načela

¹¹² Negativna funkcija načela

¹¹³ Tako je načelo zabrane zlorabe prava sadržano kao *ratio legis* u mnogim pravnim institutima građanskog prava kao što su, primjerice, pravo zadržanja, institut zastare potraživanja, pravila o ništavosti pojedinih klauzula općih uvjeta ugovora, pravilo o konvalidaciji formalnih ugovora kojima nedostaje forma, institut kompenzacije, prigovor neispunjenja ugovora, klauzula *rebus sic stantibus*, vršenje sadržaja prava služnosti *civiliter*, susjedska prava, zabran imisija, ograničena upotreba instituta jednostranog raskida ugovora zbog neispunjenja itd.

Literatura

1. Astuti, G., *Atti emulativi, Diritto intermedio, Enciclopedia del diritto, Tomo IV.*, Giuffrè editore, Milano, 1959.
2. Blagojević, B. – Krulj, V., *Komentar Zakona o obligacijskim odnosima*, Savremena Administracija, Beograd, 1983.
3. Blagojević, B., *Osnovna načela Zakona o obligacijskim odnosima i zadaci suda u parničnom postupku*, Pravni život, 1983/3.
4. Cigoj, S., *Obligacije*, Ljubljana, 1976.
5. Crisafulli, *Disposizione e norme, Enciclopedia del diritto, XIII*, Milano, 1964.
6. D'Amelio, M., *Abuso del diritto, Novissimo digesto italiano, I*, UTET, Torino, 1969.
7. Danilović, J., *Pravičnost kao merilo pri sudskom odlučivanju prema Zakonu o obligacionim odnosima*, Pravni život, I. Tom, 1988.
8. De Cupis, A., *Precisazioni sulla funzione dell'«equita» nel diritto privato*, Rivista di diritto civile, 1971/1.
9. Dujmov, L., *Značaj i djelovanje moralnih pravila u imovinskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 1963.
10. Đorđević, Ž. - Stanković, V., *Obligacijsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987.
11. Esser, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1960.
12. Galgano, F., *Diritto civile e commerciale, Volume Primo*, Cedam, Padova, 1990.
13. Ghestin, J. – Goubeaux, *Traité de droit civil*, Paris, 1977.
14. Gorenc, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 1998.
15. Gualazzini, U., *Abuso del diritto, Diritto intermedio, Enciclopedia del diritto, Tomo II.*, Giuffrè editore, Milano, 1958.
16. Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité*, Paris, 1927.
17. Josserand, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939.
18. Kelsen, H., *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1951.
19. Konstantinović, M., *Zabrana zlorabe prava i socijalizacija prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1925/2.
20. Košutić, B., *Opšta moralna obveza nenanošenja štete drugom i građanska odgovornost*, Pravni život, 1970/4.
21. Košutić, B., *Sudska presuda kao izvor prava*, Savremena Administracija, Beograd, 1973.
22. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil*, C.H. Beck Verlag, München-Berlin, 1953.
23. Lukić, R., *O zloupotrebi prava*, Pravna misao, 1941/I-II.
24. Marković, B., *Sudjenje po pravičnosti u opštem i arbitražnom pravu*, Pravni život, 1986/2.
25. Marković, Č., *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1922/V.
26. Markovitch, P., *L'abus des droits en droit compare*, Lyon, 1936.
27. Pavčnik, M., *Prilog raspravi o primeni prava*, Pravni život, 1985/9-9.
28. Pavčnik, M., *Zloraba pravice*, Ljubljana, 1986.
29. Perić, N., *Teorija zloupotrebe prava i građansko zakonodavstvo*, Beograd, 1912.
30. Perović, S. – Stojanović, D., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, 1980.
31. Planiol – Ripert, *Traite elementaire de droit civil francais, tome II*, Paris, 1932.
32. Porcherot, *De l'abus du droit, these*, Dijon, 1902.

33. Pulejkov, T. – Maksimovski, R., *Načelo savesnosti i poštenja u prometu*, Pravni život, I. Tom, 1988.
34. Rastovčan, P., *Moral, dobri običaji i zloraba prava u građanskom zakoniku*, Zagreb, 1927.
35. Ripert, I., *La règle morale dans les obligations civiles*, 1926.
36. Rodiere, R., *Zloupotreba prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1960/1-2.
37. Roselli, F., *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, Rivista di diritto civile, 1998/1.
38. Siebert, *Vom Wesen des Rechtsmissbrauch*, Berlin, 1935.
39. Stojanović, D., *Savjesnost i poštenje u prometu*, Savremena Administracija, Beograd, 1973.
40. Stojanović, D., *Uvod u Građansko pravo*, Savremena Administracija, Beograd, 1988.
41. Stojanović, D., *Značaj i funkcija općih načela ZOO-a i njihov utjecaj na sudsku praksu*, Pravni život, I. Tom, 1988.
42. Vagner, Lj., *Biće zloupotrebe prava – element za proučavanje sadašnjeg i budućeg socijalističkog prava*, Glasnik Advokatske komore u A.P. Vojvodini, 1966/8.
43. Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 1978.
44. Vodinelić, V., *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd, 1997.
45. Vukmir, B., *Sudbenost equity u anglo-američkom pravu*, Naša zakonitost, 1963.
46. Vuković, M., *Obvezno pravo, knjiga I*, Školska knjiga, Zagreb, 1956.
47. Vuković, M., *Opći dio građanskog prava, knjiga I*, Školska knjiga, Zagreb, 1959.
48. Vuković, M., *Zabrana zloupotrebe prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1953/III.

COURT PRACTICE AS A SOURCE OF CIVIL LAW THROUGH THE PRISM OF PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHT

Summary

This work deals with the problem of the court practice influence to the emerging and application of one of the fundamental principles of the civil law, the principle of prohibition of abuse of right. Since the relationships that it regulates are extremely complex and since they are continually developing and changing, civil law regulations are characterized by the high degree of generalization. That is the reason why the court practice necessarily appears as a co-creator of the law which, in the process of the application of an abstract norm, completes and fills that norm with content. The institut of prohibition of the abuse of right is the best means for illustration of active role that court practice plays in creation of the law, because, as the legal principle based on the moral comprehensions of a society, it has been developing by the action of that practice. Ever since the pretor law times, it has formed understanding of particular forms of abuse of subjective rights. That development can be traced from prohibition of hazed exercising of the law, that is exercising the right with the aim of harming another person or persons, to the modern concept of the abuse of right which, through numerous variations, defines inner limits of subjective right.

Key words: court practice; abuse of right; law and morality