

Др Срђан Радуловић,*
Доцент Правног факултета
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfno-23351

UDK: 347.122
Раd примљен: 27.09.2019.
Раd прихваћен: 29.10.2019.

О ПОТРЕБИ ПРОШИРЕЊА ДОМАШАЈА ИНСТИТУТА ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА

Апстракт: *Институт забране злоупотребе субјективних права представља изузетак од правила да одговорност једног лица долази у обзир само онда када се оно понашало противно праву или некој другој норми за коју правни поредак везује правно дејство. Као такав, то правна логика налаже, он мора бити тумачен уже. Ипак, теоријско-емпиријско истраживање, које је раду претходило, показује потребу за ширењем домашаја овог правног института и на оне ситуације које се не могу сматрати активним држањем титулара права. У том смислу – служећи се предностима нормативног метода, телеолошког тумачења, али и мултидисциплинарног приступа – аутор у раду наглашава релативни карактер облигационог односа и истражује, не како институт забране злоупотребе права функционише у оквиру важећег парничног процесног права, већ потребу да институт забране злоупотребе у материјалном грађанском праву посматраном *de lege ferenda* буде конструисан као у важећем формалном праву.*

Кључне речи: *злоупотреба субјективних права, забрана злоупотребе субјективних права, конкретизација забране злоупотребе субјективних права.*

* srdjan.radulovic@pr.ac.rs

1. Уводне напомене

Позитивно право, каже се, постоји на нивоу објективне стварности. Његови стални пратиоци – природно, објективно, идеално, праведно право – дакле, права која се у дуалитету с позитивним истичу израженијом моралном компонентом, постоје евентуално, не и нужно, на нивоу колективне или индивидуалне свести, с тежњом да и они постану позитивно право (Марковић, 2000: 9). Право и морал, дакле, нису синоними, но то никако није оправдање за правне прописе који се сматрају неморалним (Перић, 1912: 5-6). Стога, искрено верујемо како постоји и супротна тежња, тежња позитивног права да, барем из перспективе моралности, постане природно, објективно, идеално, праведно. Институт забране злоупотребе права¹ један је од инструмената за којим законодавац, нарочито у новије време, радо посеже у настојањима да се приближи поменутом идеалу².

Мада је правни институт забране злоупотребе права у већој мери прихваћен као основни регулаторни принцип правног промета (Gagula, 2014: 299; Ракочевић, 2018: 771; Cueto-Rua, 1975: 967)³, ставовис њим у вези варирају у дихотомији „за или против“. Другим речима, умерених ставова у вези овог института, било оптимистичних, било песимистичних, готово да нема. Ово не треба да изненади, иако је и сам институт конструисан да би се премостио јаз између две крајности. Правни институт забране злоупотребе субјективних права представља школски пример правних појава које су у

1 Када у раду употребљавамо израз злоупотреба права или забрана исте, мислимо на особен начин употребе конкретних, субјективних овлашћења. Ван нашег интересовања за сада остаје могућност злоупотребе објективног права, поред осталог, зато што верујемо како би злоупотреба објективног права са становишта конкретноправних дисциплина била изнова сведена на (не)употребу постојећих овлашћења, те да би остали случајеви злоупотребе објективног права у процесу док оно још не постоји, то јест у његовом настајању, били интересантни искључиво са становишта теоријскоправних наука.

Слично мишљење је већ формирано у теорији (Пауновић, 2004: 64–65).

2 Институт забране злоупотребе права могао би да буде ултимативно средство у настојањима да се обезбеди *mesotes* сталној тензији између слова закона и духа закона, те крајности у виду трпљења и наношења неправде (Kozlić, 2014: 1159).

3 У корак с нашим размишљањем иду, чини се, и студије рађене под покровитељством Савета Европе. Видети: See J. Voyame, B. Cottier & B. Rocha, "Abuse of Right in Comparative Law" in Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application (Proceedings of the 19V Colloquy on European Law, Luxembourg, 6-9 November 1989) (Strasbourg: Council of Europe, 1990) 23 at 23 [hereinafter Abuse of Rights and Equivalent Concepts], наведено према Michael Byers, Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age, *McGill Law Journal* retrieved from https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarshipстрп.391.

стању да доведу до правог цепања личности када год се постави питање његове оправданости, правног дејства, домашаја и/или облика у којем га евентуално треба нормирати.

Но, у намери да истраживачку позицију у овом раду не учинимо непотребно сложеном, свесно ћемо заобићи аргументацију става да је, када се ради о вршењу права, могуће разликовати правилно од неправилног вршења⁴. То ћемо учинити тако што ћемо по страни оставити ставове оних аутора који сматрају да забрана злоупотребе субјективних права функционише као корективни принцип чак и унутар оних правних поредака који је својим позитивноправним прописима уопште не дефинишу (Станковић, 2004: 33), али и ставове аутора који не верују у логичку исправност, самим тим и применљивост, овог правног института. Уместо тога, радије указујемо на један позитивноправни моменат који присталице, а нарочито противници овог правног института, у својим настојањима да објасне ову правну појаву не смеју занемаривати.

Наиме, институт забране злоупотребе субјективних права део је нашег позитивног грађанског, тачније облигационог права⁵. Он је део наше правном нормом пројектоване стварности и као такав апсолутно мора бити уважен, чак и од стране оних који не деле наше симпатије према овом правном институту⁶.

Уважавањем ове чињенице отварају се бројна питања. Оно које је у фокусу нашег рада може бити разрешено применом основних техника интерпретације правне норме. Заправо, оно и мора бити разрешено на тај начин с обзиром на наше правнопозитивистичко утемељење истраживања. Наиме, питање које треба размотрити је да ли наше позитивно право даје могућност да се пружи правна заштита лицу које трпи некакву правно релевантну неугодност због тога што друго лице, а са којим је оно у правном

4 Уосталом, сасвим је јасно како доношење „доброг закона“, који ће на свеобухватан начин регулисати одређени сегмент друштвене стварности и претворити је у правну, јесте неопходно, али не и довољно (Сигић, 2015: 56), те да је остављање могућности доцније корекције бројних несавршености саме норме од кључне важности за неометано одвијање правног живота.

5 Чл. 13 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – *Уставна повеља*, одсек В (даље у тексту: 300 РС).

6 Ово тим пре јер је интенција да правни институт забране злоупотребе субјективних права остане регулаторни принцип и *de lege ferenda*. Видети: Чл. 20 Радног текста Грађанског законика Републике Србије. Преузето 25.01.2019. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

односу, право које из тог односа произлази није вршило. Ми сматрамо да је одговор на ово питање позитиван.

1.1. Логички основ концепције о абузивном невршењу права *de lege lata*

Ставда ЗОО РС успешно препознаје, али и санкционише случајеве абузивног невршења права, заслужује двоструку евалуацију. Исту је неопходно извршити, најпре на вишем нивоу апстракције. Након тога, евалуацију је неопходно извршити на нивоу правних норми које непосредно или чак посредно конкретизују предметни институт.

ЗОО РС говори и то изричито о *вршењу* [нагласио аутор С. Р.] субјективног права противно циљу због којег је то право установљено⁷. Правна теорија изводи из тога, на први поглед сасвим исправан, закључак да је *вршење права* [нагласио аутор С. Р.] конститутивна предиспозиција злоупотребе права, те да се субјективно право не може злоупотребити на било који други начин сем вршењем истог. Ови ставови у основи нису погрешни. Ипак, они почивају у потпуности на језичком тумачењу норми ЗОО РС. С тим у вези истичемо, ово тумачење није погрешно, барем не само по себи, али језичко тумачење у било којој грани права, с изузетком, евентуално, кривичноправних прописа, конкретно оних који чине његов „посебни део“, тешко да се може узети за потпуно и априори исправно (Mandić, 2017: 209–210).

Правила тумачења по методи (Mandić, 2017: 177–204), наиме, налажу да се језичко тумачење користи на примарном нивоу интерпретације норме, али не као дефинитивно, коначно и једино исправно тумачење. Оно то не може бити, нити се то од њега очекује⁸. Оно је у логичком систему замишљено само као основ за даља тумачења, те доцнију изградњу правних дефиниција. У том маниру, сматрамо како се изнад језичког тумачења норме која се на злоупотребу права односи ваља издићи на „крилима“ телеолошког тумачења. Стога, иако не доводимо у питање потребу да се то чини без обзира на усмереност права, сматрамо како

7 Чл. 13 Закона о облигационим односима.

8 Нама се чини да то не може бити ни логичко тумачење. Оно се одвија и остаје у оквиру правне норме и, будући да почива на хладној рационализацији, не подразумева додавање било каквих елемената који се ван норме налазе, а којима би она била оживотворена и учињена погоднијом за примену (Mandić, 2017: 203).

је тим пре неопходно уважити правила телеолошког тумачења када се интерпретира норма из које произлазе права релативног карактера⁹.

Језичко тумачење и ставове на њему засноване, дакле, неопходно је допунити постављањем питања (и изналажењем одговора на то питање) шта је циљ института забране злоупотребе субјективних права прокламованог нашим ЗОО РС¹⁰.

Интересантно је у том смислу да законодавац говори о вршењу права противно циљу, по правилу, без стварног навођења циља који се заиста жели постићи конкретним субјективним правом. У одсуству јасних инструкција који су то циљеви који се не смеју компромитовати вршењем конкретних субјективних права, оправдано је поставити питање можемо ли уопште правилно утврдити циљ(еве) самог института забране злоупотребе субјективних права?

Онај општи, мишљења смо, можемо утврдити. У том контексту, једно од питања које треба поставити је да ли се творац ЗОО РС задовољава тиме да спречи или санкционише само она понашања којима се право злоупотребљава, а која се надовезују на активно држање титулара права, или је циљ овог правног института да се стане на пут *свакој злоупотреби права* [нагласио аутор С. Р.], па чак и оној која произлази из пасивног држања титулара права.

Нама не делује да је интенција законодавца, упркос врло уско постављеној формулацији, била да се овај правни институт користи као средство искључиво против абузивног вршења права. Да је тако, законодавац се вероватно не би одлучио да члан 13 ЗОО РС назове „Забрана злоупотребе права“. Циљ чије је остварење било пројектовано поменутом правном нормом је, у то смо сигурни, био да се омогући судијама да се успешно супротставе *свакој злоупотреби права* [нагласио аутор С. Р.] – превасходно оној која произлази из вршења субјективног права, али не и искључиво њој.

9 Овим не доводимо у питање у правној теорији изнете ставове о постојању дуалитета између етатистичке и социолошке норме, те различитости правила тумачења која ваља применити приликом интерпретације првих у односу на последње, тим пре јер се сматра да модерне етатистичке норме преузимају особине социолошких у процесу њиховог правног нормирања, а које, око тога немамо недоумица, ваља уважити приликом тумачења (Марковић, 2000: 15).

10 Намерно користимо израз “циљ” као једину. Свесни смо, наиме, да законодавац, поготово кроз правни стандард, најчешће претендује да оствари велики број циљева, а не само један (Mandić, 2017: 201). Међутим, у мору посебних циљева пројектованих кроз забрану злоупотребе субјективних права чије би утврђивање превазишло потребе овог рада, ми смо се ограничили на утврђивање само оног општег циља.

Ми не споримо чињеницу да је злоупотреба права далеко чешћа у активном облику, те да као таква има „приоритет“ у регулисању. Не споримо ни чињеницу да је конструкција абузивног невршења права врло погодна да и сама буде злоупотребљена. Ипак, сматрамо да би се инсистирањем на стриктном језичком тумачењу и логичком правилу да изузетке треба тумачити уско, овај правни институт, упркос потенцијалу који поседује, суштински учинио неефикасним. Штавише, чини нам се како би било каквим категоричким одбацивањем могућности санкционисања абузивног невршења права потенцијално читава концепција забране злоупотребе права била доведена у питање. Ово из разлога што би један од њена два појавна облика био елиминисан. Како искрено верујемо да је циљ законодавца био, баш напротив, да се правни институт забране злоупотребе права учини што је могуће ефикаснијим средством, а затим и да се исказе његово недвосмислено опредељење у свој супротстављености унутрашње и спољашње теорије злоупотребе права, сматрамо да као логичан произлази закључак да законодавац препознаје друштвену опасност и абузивног невршења права.

Логичку основу, даљом анализом резултата који произлазе из телеолошког тумачења, можемо потражити и у значењу синтагме „вршење права“. Наиме, када у свакодневном говору употребимо израз „вршење“, имамо у виду искључиво активно држање једног лица, то јест некакво чињење. Њему супротан био би израз „невршење“, који указује на одсуство конкретне активности једног лица.

Језик којим се законодавац користи, са друге стране, не ослања се непосредно на народни, односно у правном смислу лаички језик. Он се на њега, то може бити врло интересантно, ослања само посредно. Законодавац се у својим нормативним конструкцијама ослања непосредно на научни језик, то јест језик специјално изграђен за потребе правне науке¹¹. Тако, чак и уколико занемаримо изражену (мета)филозофску компоненту правне науке, приметимо да овај језик у односу на народни, иако из њега проистиче, функционише по значајно другачијем принципу¹².

Уколико пођемо од тога да је циљ научне делатности да се релације из природне или друштвене стварности сведу на низ исказа који су у истим условима увек тачни, језик који наука гради, нарочито при изражавању

11 Ово поимање тространог односа између народног језика, језика законодавца и језика правне науке, иде у корак са инсистирањем на разлици између лаичког, правног и правничког језика (Подгорац, 2000: 270).

12 Питање примене језика важно је подједнако на свим нивоима бављења правом – подједнако је важно и за стварање, и за тумачење, а нарочито примену и остваривање права (Подгорац, 2000: 269–270).

друштвених феномена који се не дају увек прецизно изразити, по природи ствари мора бити шири у значењу. Он нужно мора бити свеобухватнији. У нашем случају то значи да исти израз, израз „вршење“, када га употребљавамо у праву, не можемо интерпретирати на онај начин на који се то чини у лаичком општењу. Њега морамо интерпретирати као шири. Стога, када у складу с препорукама правне теорије успемо да занемаримо конвенционално значење израза и покушамо да проникнемо у суштину терминологије која је употребљена (Marković, 1968: 10), заиста искрено верујемо да појам „вршење права“ не значи нужно само активно држање титулара права, већ да може значити и пасивно држање, те да би синоним – уколико је читаоцу тако лакше да доживи идеју о којој говоримо – у народном језику био, не израз вршење, већ израз уживање¹³. Дакле, уколико синтагму „вршење права“ интерпретирамо као „уживање“ истог од стране титулара, произлази да би се забрана вршења права противно циљу о коме законодавац говори односила на забрану противциљног уживања права. То, даље, значи да се она односи и на забрану абузивног невршења права.

1.2. Случајеви конкретизације забране абузивног невршења права

Верујемо како је о томе да ЗОО РС препознаје абузивно невршење субјективног права као облик злоупотребе, а нарочито око степена друштвене опасности коју оно носи, могуће постићи минимум консензуса. Међутим, једна ствар је рећи како ЗОО РС препознаје и пасиван облик злоупотребе субјективних права. Нешто сасвим друго је, међутим, рећи да он злоупотребу субјективних права и санкционише. Исправност ове смеле хипотезе не може се више доказивати, барем не довољно успешно, на нивоу интерпретације конкретне норме којом је забрана злоупотребе субјективних права обликована. Индикаторетачности ове хипотезе, иначе расуте унутар текста ЗОО РС, морамо пронаћи у случајевима конкретизације забране злоупотребе субјективних права, како у онима који се традиционално узимају за такве, тако и у онима који до сада нису посматрани на овај начин.

13 Поређења ради, Српски грађански законик – иако може бити спорно да ли творац акта промовише или одбацује идеју о злоупотреби субјективних права – с јаснијим ослонцем на народни језик, у §806 заиста говори о „уживању“ права својине. Приликом формулације института забране злоупотребе права за потребе Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору, Валтазар Богишић, се у настојањима да се приближи захтевима народног језика, одлучио у чл. 1000 за формуацију у којој говори о „служењу правом“. У слободном преводу, чини се да се и творац Аустријског општег грађанског законика из 1811, пре измена из 1916, определио за израз „служење правом“ у §1305.

Наиме, законодавац претендује на свеобухватност у регулисању правних односа. Поменутом идеалу могуће је приближити секроз правне норме различитог нивоа општости. Оне најопштије, неодређене ни по диспозицији ни по санкцији, а изражене у виду генералних клаузула, представљају главно средство за остварење тог циља и као такве чине основу правне нормативе (Marković, 1968: 9). Ипак, иако претендује на остваривање правне извесности кроз употребу формулација које обухватају што је већи број чињеничних стања могуће, без сувишног опртеретивања законског текста (Marković, 1968: 12), законодавац не жели да судије у конкретним случајевима препусти саме себи. Он улаже огромне напоре да, када год је то могуће, опште принципе, уткане у правни поредак, конкретизује препознавањем ситуација које се у пракси најчешће понављају. Једном препознате, ове ситуације законодавац издваја под окриље посебних правних института. Општи принцип се према тим засебним правним институтима који су из њега изведени односи као *lex generalis*. То значи да ће се он применити само онда када се чињенице из живота не могу подвести под прецизно дефинисано примарно правило (што би даље дало основа за примену прецизно дефинисаног секундарног правила) конкретног правног института¹⁴.

1.2.1. Застарелост и абузивно невршење права

Кроз правни институт застарелости законодавац претендује да оствари читав низ циљева¹⁵, а начин на који то чини посебно је занимљив. Законодавац, наиме, препознаје два понашања на страни повериоца – невршење права у законом одређеном року, те покушај вршења по протеклу тог рока. У противуречности повериоцевог понашања препознаје одређени степен друштвене опасности, те створену неизвесност, из које опасност произлази, решава тако што у првом тренутку предност даје интересима чијем задовољењу служи установљено право¹⁶, да би по протеклу времена које је сам одредио¹⁷ законодавац стао на страну дужника. То чини тако што даје могућност дужнику да материјалноправним приговором

14 О неодређености правног стандарда на нивоу примарног правила (диспозиције) и секундарног, то јест супсидијерног правила (санкције), детаљније видети код: Марковић, 1968: 9 и даље.

15 Законодавац кроз застарелост претендује да помири, најпре, индивидуалне противуречне интересе дужника и повериоца, затим да помири индивидуалне и опште интересе, да спречи злоупотребу права, да уважи креативни и деструктивни утицај протекла времена, те да успостави нарушени склад између правног и фактичког.

16 Чл. 360 и 361 Закона о облигационим односима.

17 Чл. 371–380 Закона о облигационим односима.

повериоцем праву умањи значај, утолико што ће га лишити привилегије да буде успешно заштићено у судском поступку¹⁸, не дирајући притом у основ(аност) потраживања¹⁹, чиме оставља могућност да се потраживање пуноважно измири добровољно²⁰.

Немогућност повериоца да се ослони на средства принуде којима држава располаже, иако је тешко негирати да има и других исправних интерпретација, ми поимамо као својеврсну санкцију за повериоца. Уколико прихватимо ово схватање, поставља се питање које се понашање тачно санкционише – прво које подразумева невршење права у одређеном року, накнадни покушај вршења права или оба понашања као сукцесивни след? Делује да се последњи став може бранити са највише успеха, те да застарелост наступа након сукцесивне остварености оба облика понашања, међутим ми сматрамо да законодавац санкционише управо невршење права.

Ово закључујемо, најпре, из тога што се законодавац одлучио за то да право опстане након успешног истицања приговора застарелости; затим, из тога што оно може да буде реализовано без подвођења на тај начин прибављене користи под богаћење без ваљаног правног основа; из тога што примена санкције зависи искључиво од воље дужника; те из формулације самог приговора застарелости којом дужник не оспорава садашње вршење права, већ скреће пажњу суду на његово пређашње „невршење“ (Радуловић, 2018: 143–145).

Посебно желимо да нагласимо да дужник може истаћи тужбени захтев којим тражи да се утврди да је право застарело након протекла законом предвиђеног времена у којем није вршено, и тиме отклони неизвесност која доцније може настати. Још је интересантније то да суд може да усвоји тај захтев и огласи право за застарело, чак и онда када поверилац уопште није ни покушао да га врши. Произлази из тога необичан закључак, који као такав завређује да буде предмет посебног истраживања, да вршење права није ни предуслов за наступање застарелости, а затим и да конституенс злоупотребе права у овом случају уопште није противуречност. Оно што је извесније је да се тешко може одржати став да се кроз застарелост санкционише чињенични скуп у виду невршења и вршења права, а нарочито став да се санкционише вршење права. Из ове перспективе делује

18 Чл. 360 ст. 3 Закона о облигационим односима.

19 У овом тренутку вредан анализе је, свакако, и став, изнет у теорији права, о разлици између оних облика абוזивног понашања која су као таква забрањена изричито и оних која нису забрањена, него *само* неоснована (Vodinić, 1997: 216–217).

20 Чл. 367 Закона о облигационим односима.

да се са више успеха може бранити став да се застарелошћу као обликом конкретизације злоупотребе права санкционише невршење права.

2.2.2. Невршење права избора код алтернативних обавеза и абузивно невршење права

У ред уговора са нижим степеном одређености предмета које законодавац допушта спадају и уговори са алтернативно постављеним обавезама. Критеријуми на основу којих се одређење предмета врши не могу се сматрати објективним, самим тим ни сасвим прецизним, већ су они субјективни, и то у смислу да су везани за поверено и временски ограничено право избора једне од дугованих чинидби²¹. Дакле, услов да овај уговор настане, а затим и буде реализован, јесте да се право избора најпре повери једном лицу у уговору или ван њега, те да оно у остављеном времену изврши избор и дефинитивно определи предмет²². И управо у овом тренутку долазимо до везе између алтернативних обавеза и абузивног невршења права.

Поставља се, наиме, питање које су последице невршења права избора, а затим и питање каква је правна природа тих последица. Законодавац, то се од њега очекује, нуди недвосмислен одговор на прво питање, те забуне нема²³. То нам омогућава да дођемо до поузданог одговора и на друго питање, а које је од посебног значаја за овај рад.

С тим у вези, чврсто стојимо на становишту да се ово правило може и треба посматрати и као *sui generis* санкција. Мада такав став може бити споран, ми у овом тренутку нисмо у стању да правилу садржаном у чл. 405 ЗОУ РС у потпуности одрекнемо „казнени“ карактер. И заиста, како другачије објаснити чињеницу да је, нарочито у случају када оно припада

21 Из формулације норми ЗОУ РС произлази да је примарни услов да уговор са неодређеним предметом настане пуноважно да постоје довољно јасни критеријуми на основу којих се, када се из фазе стварања пређе у фазу извршења уговора, до тада одредив предмет може учинити одређеним у потпуности. Међутим, законодавац иде и корак даље у намери да уважи принцип аутономије воље који је сам прокламовао, те допушта и оне уговоре код којих ти критеријуми недостају, али је поверено право трећем лицу да предмет определи у потпуности.

Чл. 46, чл. 47 и чл. 50 Закона о облигационим односима.

22 Ситуација када право избора припада лицу које није уговорна страна, то јест трећем лицу како га законодавац назива, није интересантна из перспективе овог истраживања и рада, будући да за треће лице не постоји никаква „санкција“ за случај невршења повереног права избора.

Чл. 406 Закона о облигационим односима.

23 Чл. 405 Закона о облигационим односима.

повериоцу, једно овлашћење одузето и пренето на другу страну, која је, када дође до спорног невршења права избора, све мање уговорни партнер, а све више потенцијални противник у судском спору. Верујемо како и лаичком и стручном поимању предметне правне норме одговара став да се у овом случају ради о својеврсној санкцији.

Под условом да прихватимо идеју да се у овом случају ради о супсидијерном правилу, то јест санкцији, будући да је и диспозиција позната, одређење претпоставке санкције постаје особито сложено. Наиме, ако је било које овлашћење установљено правном нормом, субјект чијим интересима је оно подређено њиме се може користити, али и не мора. Изузев уколико не прихватимо спорну конструкцију о праву као „обавези у сопственом интересу“, невршењу овлашћења нема препрека, јер је невршење овлашћења, подједнако као и вршење истог, допуштен начин уживања права. Ни први ни други облик понашања не вређају диспозицију норме којом је то овлашћење предвиђено. Међутим, уколико невршење права није противправно, али се ипак санкционише, произлази да је „санкција“ изречена због злоупотребе права, и то управо због пасивног држања имаоца овлашћења.

2.2.3. Поверилачка доцња и абузивно невршење права

Дејство једном заснованог облигационог односа испољава се у правима и обавезама лица која у том односу учествују (Радишић, 2004: 317), а суштина остварује испуњењем обавезе, то јест извршењем чинидбе коју дужник дугује, а коју је поверилац овлашћен да захтева, те евентуално остварења циља уколико се ради о „обавезама резултата“ (Тишић, 2018: 173). Из тога се даље основано може закључити како је читав облигациони однос заснован ради повериоца. Међутим, иако однос јесте заснован ради задовољења његових (не)материјалних интереса, претходно поменути правни институти: застарелост и правила која се односе на невршење права избора код алтернативних обавеза, али и други који нису предмет интересовања у овом раду, показују како су у облигациони однос уткани и интереси дужника, те да постоји потреба да и они буду заштићени. То показује, можда и најјасније, законом уређен концепт поверилачке доцње.

Наиме, да би се дужник своје обавезе ослободио, најчешће је потребна сарадња повериоца која се састоји у некој радњи пријема испуњења. Случајеви у којима дужник може испунити своју обавезу без икаквог ангажовања повериоца, сем евентуално код обавеза које гласе на нечињење, изузетно су ретки у пракси (Тишић, 2018: 174). Управо у случајевима, истина не нарочито честим у пракси, када у процесу испуњења изостане неопходно

активно учешће повериоца, које би омогућило да дужник започне или доврши започето испуњење, настаје особита правна неизвесност (Тишић, 2018: 176). Она произлази из претпоставке, по нама обориве, да поверилац није једини који има интерес за испуњење обавезе. Нешто прецизније, треба поћи од тога, а чини се да законодавац то и чини, да и дужник има одређени (не)материјални интерес за испуњење обавезе коју дугује²⁴.

На страни дужника у конкретном случају можда уопште не постоји никакав интерес да на испуњењу инсистира уколико већ поверилац показује знаке незаинтересованости. Основано је претпоставити да му такво понашање повериоца чак и одговара. Но, правилније је претпоставити да интереси ипак постоје, те на темељу те претпоставке омогућити дужнику да их оствари упркос изостанку повериоца сарадње на коју га, узгред, дужник никако не може приморати. Законодавац дужнику омогућава да своје интересе који се реализују кроз испуњење оствари прописивањем својеврсних санкција за повериоца који доспе у доцњу²⁵.

Овде се поставља питање правне природе потенцијалних последица поверилачке доцње. Наиме, поверилац, сем у ретким случајевима у којима се законодавац одважи на такву одредбу²⁶, нема обавезу пријема испуњења. Поверилац има право, то јест овлашћење да захтева испуњење обавезе по њеној доспелости, али не и обавезу да исту захтева нити да у њој учествује. Уколико је заиста тако, питање правне природе последица поверилачке доцње може бити разрешено кроз институт забране злоупотребе права и то злоупотребе у пасивном облику.

Треба обратити пажњу на следеће релације с тим у вези. Наиме, рекли смо, поверилац има овлашћење, не и обавезу. Ако је већ санкционисан због свог понашања, санкција не може бити изречена због противправног понашања, будући да никаква дужност на страни повериоца није ни установљена. Ако се неко санкционише, иако се није понашао противправно, онда се санкција може поимати само као последица абузивног понашања. Најзад, под условом да се сложимо да се у конкретном случају санкционише

24 Дужников интерес за испуњење сопствене обавезе према повериоцу почива, то је најчешће и случај, на дужниковој жељи да и поверилац изврши своју обавезу, која произлази из двостранообавезујућег правног посла који је основ дужникове обавезе или неког другог правног посла, уколико су дужник и поверилац, рецимо, у сталном пословном односу (материјални интерес). Дужников интерес може произлазити из моралних разлога за испуњење обавезе, потребе да се очува пословни углед или потребе да се избегне друштвена осуда која прати одговорност за причињену штету (нематеријални интерес).

25 Чл. 326 и 327 Закона о облигационим односима.

26 Чл. 622 Закона о облигационим односима.

злоупотреба, она се у овом случају дефинитивно не састоји у вршењу права или каквог овлашћења већ, напротив, уневршењу истог. Произлази како су законом прокламоване последице поверилачке доцње, као и институт у целини, облик конкретизације забране абузивног невршења права.

2. Закључци

У процесу оживотворења права не сме се губити из вида да се сви облици интерпретација правне норме налазе у односу интеракције делујући једна на другу, што значи да ниједан од њих, осим у ретким случајевима правних дефиниција и кривичних прописа, не може дати валидне резултате сам по себи (Mandić, 1971: 209–210). Посебно место међу начинима интерпретације заузима телеолошко тумачење, јер се утврђивањем циљева који су детерминисали постанак норме ствара основни предуслов за такав начин примене норме који би остварењу тог циља заиста и водио (Mandić, 2017: 201). С тим у вези, а с ослоном на у раду понуђене аргументе, чврсто стојимо на становишту како је циљ института забране злоупотребе права стварање погодног тла за супротстављање свим облицима понашања који јесу у складу са правном нормом, али из којих произлази некаква неугодност за одређено лице, а не само оним облицима злоупотребе који произлазе из активног понашања имаоца овлашћења.

Овакав став сугерише и то да је постојећа одредба ЗОО РС којом се прокламује забрана злоупотребе права, због инсистирања на противциљном *вршењу права* [нагласио аутор С. Р.], сувише уско постављена. Иако ми немамо недоумица да је постојећа норма ЗОО РС сасвим довољан основ да судија санкционише и абузивно невршење права, сматрамо како не би било згорег да се таква могућност учини видљивијом. То је могуће учинити на више различитих начина, свакако, али уколико заиста претендујемо на ефикасност норме и свеобухватност стандарда, сматрамо како је у будући кодекс грађанског права, то јест његов општи део, неопходно имплементирати одредбу коју промовише ЗПП РС, а према којој судија треба да спречи и казни *сваку злоупотребу* [нагласио аутор С. Р.] права које припада одређеном субјекту.

Литература/References

Vodinelić, V. V. (1997). *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos.

Gagula, A. (2014). Zloupotreba prava u obligacionom pravu u Bosni i Hercegovini. *Izgradnja modernog pravnog sistema*. 289–305.

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29.1978, 39.1985, 45.1989 – одлука УСЈ. Бр. 57.1989, *Службени лист СРЈ*. Бр. 31.1993 и *Службени лист СЦГ*. Бр. 1/2003 – Уставна повеља, одсек В.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2011, 49/2013 – Одлука УС. Бр. 74/2013, Одлука УС. Бр. 55/2014 и 87/2018.

Kozlić, S. (2014). Zastara u filozofiji prava: Kant i Hegel. *Izgradnja modernog pravnog sistema*. 1157–1168.

Mandić, O. (1971). *Sistem i interpretacija prava*. Zagreb: Narodne novine.

Марковић, Б. (2000). О дуалитету позитивног права. *Стварање права. Србија – правна држава*. 9–19.

Marković, M. (1968). Generalne klauzule (Fragmentarna skica za studiju o pravnom standardu). *Zbornik radova pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*. 7.

Пауновић, С. (2004). Злоупотреба права својине. *Бранич*. 3–4. 64–81.

Перић, Н. (1912). *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Докторска теза*. Београд: Геца Кон.

Подгорац, К. (2000). Реч-две о улози језика у стварању права. *Стварање права. Србија – правна држава*. 269–271.

Радишић, Ј. (2004). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Номос.

Радни текст Грађанског законика Републике Србије. [Electronic version] Преузето 25.01.2019. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

Радуловић, С. (2018). Застарелост као санкција абузивног невршења права. *Зборник радова „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“*. 3. 135–148.

Rakočević, M. (2018). *Vona fides* u parničnom postupku – teorijska razmatranja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 4(55). 771–789.

Станковић, Г. (2004). Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења. *Бранич*. 3-4. 33–48.

Тишић, Г. (2018). Неке рефлексije о концепту поверилачке доцње. *Зборник радова „Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“*. 3. 173–188.

Ćirić, J. (2015). Idealni zakoni i nesavesni pravnici. *Nauka, bezbednost, policija*. 2(20). 55–69.

Cueto-Rua, J. (1975). Abuse of Rights. *Louisiana Law Review: Special Issue*. 5(35). 966–1013.

Doc. Srđan Radulović, LL.D.,
*Assistant Professor,
Law Faculty, University of Priština,
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica*

**THE NEED TO EXTEND THE SCOPE OF THE LEGAL INSTITUTE
CONCERNING THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS**

Summary

*The legal institute that prohibits the abuse of rights is an exception to the rule that the issue of one's civil liability shall be raised only if the legal subject acted contrary to the legal norm or some other (non-legal) norm which is given legal effect by the legal system. The basic rule of legal logic in interpreting this legal institute is to interpret its norms in the narrowest possible sense. Yet, the theoretical and empirical research that preceded this paper shows the need for extending the scope of this legal institute in order to cover all those situations where a legal subject remained passive when it comes to the use of civil rights. In that sense, relying heavily on the advantages of the normative method, teleological interpretation and multidisciplinary approach, the author emphasizes a relative nature of obligations. Thus, rather than discussing how the legal institute prohibiting the abuse of rights functions in current civil procedure law, the author points to the need of regulating this legal institute more precisely in the substantive civil law *de lege ferenda* as it was done in the current civil procedure legislation.*

Key words: *abuse of rights, prohibition of abuse of rights, precise provisions.*