

## ТЕОРИЈА ЗА ПРАВНАТА ПРИРОДА НА ПРАВОТО НА ПРАВНАТА ЗАШТИТА ВО ГРАЃАНСКАТА ПОСТАПКА КАКО ПОТЕСТАТИВНО ПРАВО

**Апстракт:** Граѓанското процесно право се издвои во самостојна научна дисциплина, затоа што правото на правната заштита во граѓанската постапка доби посебно место и функција во системот на правото. За ова една од најзаслужните е теоријата на Giuseppe Chiovenda за правото на правната заштита како потестативно право. Ова затоа што оваа теорија, дефинитивно правото на правната заштита ќе го оддели од граѓанското субјективно право, но и ќе докаже и покаже дека со правото на правната заштита се штитат не само приватните интереси на тужителот, туку и јавните интереси на државата.

**Клучни зборови:** *Giuseppe Chiovenda, потестативно право, граѓанско процесно право, приватен интерес, јавен интерес.*

GJORGIEVA Dijana<sup>3</sup>  
STOILEVA Zorica<sup>4</sup>

## THEORY OF THE LEGAL NATURE OF THE RIGHT TO LEGAL PROTECTION IN CIVIL PROCEDURE AS A POTESTATIVE RIGHT

**Abstract:** Civil procedural law was separated into an independent scientific discipline because the right to legal protection in civil proceedings received a special place and function in the legal system. For this, one of the most meritorious is Giuseppe Chiovenda's theory of the right to legal protection as a potestative right. This is because this theory will definitively separate the right to legal protection from the civil subjective right, but it will also prove and show that the right to legal protection protects not only the private interests of the plaintiff but also the public interests of the state.

**Key words:** *Giuseppe Chiovenda, potestative right, civil procedural law, private interest, public interest.*

### Вовед

Една од најконтроверзните и убедливо најидеалистичките теории за правната природа на правото на правната заштита е теоријата за правото на правната заштита како потестативно право (*Rechte des rechtlichen Könnens*). Станува збор за теорија која се наоѓа некаде на средината меѓу конкретните и апстрактните теории за правната природа на правото на правната заштита чиј стремеж е објаснување на правото на правната заштита како право во точка на еквилибрум меѓу приватниот и јавниот интерес.<sup>5</sup> Благодарение на оваа теорија престана да се гледа на правото на правната заштита како на постоечко (егзистентно) субјективно право во материјално-правната шема на субјективните права кое постои *per se* и започна да се открива постоењето на причинско-последователната поврзаност на правото на правната заштита како посебно потестативно право

1) Доктор по граѓанско право, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, Правен факултет.

2) Докторант по граѓанско право, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

3) Phd at the Ss. Cyril and Methodius University in Skopje, Faculty of Law Iustinianus in Skopje.

4) Ph. D student at the Ss. Cyril and Methodius University in Skopje, Faculty of Law Iustinianus Primus Primus in Skopje.

5) Приватниот и јавниот интерес во теоријата за потестативното право на правната заштита се објаснуваат не како двонасочна субординација туку како координирана хармонизација реализирана во перфектна форма на конјугација на слободата како власт. Следствено на ова приватниот и јавниот интерес во постапката не треба да се третираат како две спротиставени струи, туку како заедничка аспирација..., затоа што успехот на едниот е услов за успех на другиот интерес. Повеќе во врска со размислувањата на Calamandrei за концептот на Chiovenda за потестативните права Видете кај: Calamandrei P. (1942) *La relatividad del concepto de acción*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, *Revista de Escuela Nacional del Jurisprudencia* núm 13, *Revista de la Facultad de Derecho de México, México*, 53-54.

со: 1) заштитата на субјективните права и 2) градењето на објективното право.<sup>6</sup> Ова е така затоа што тужителот со активирањето на правото на правната заштита како потестативно право не само што се обидува да го оствари својот приватен (индивидуален) интерес, туку несвесно соработува и за реализирање и создавање на објективното право, а државата признавајќи му на потенцијалниот тужител можност да бара правна заштита во исто време го брани субјективното право на тужителот, но и го корегира објективното право. Иако и во оваа теорија правото на правната заштита сè уште се објаснува како индивидуално право тоа повеќе не е право кое создава обврска на државата туку е право-моќ кое исполнува една јавна функција на државата.

### 1. Догматска инспирација за креирањето на концептот на Giuseppe Chiovenda за правната природа на правото на правната заштита

Концептот на Chiovenda за правната природа на правото на правната заштита настанува под инфлуенца на Klein – овиот концепт за законодавството и како критика на Wach-овиот концепт за барањето за правната заштита.<sup>7</sup> Станува збор за прв догматски концепт кој ќе го објасни правото на правната заштита како тотално независно право (идеално право) од граѓанското субјективно право кое треба да го штити (материјално правната подлога). Поради ова со право во правната процесна наука овој концепт се квалификува како трансформаторски концепт на „светот на граѓанското процесно право“ кој прв ја отвора идејата за правото на правната заштита како *potestas agendi* на објективното право.<sup>8</sup>

### 2. Учење на Giuseppe Chiovenda за правната природа на правото на правната заштита како потестативно право

Основоположник на теоријата за правото на правната заштита како потестативно право е титанот на италијанскиот неспецијализиран научен процесуализам Giuseppe Chiovenda<sup>9</sup>. Концептот на Chiovenda во германскиот процесен круг на *civil law* системот ќе го следат Weismann и Zitelmann, а врз база на критиките на овој концепт, апстрактизмот ќе доживее вистински научен триумф во романскиот процесен круг на *civil law* системот.<sup>10</sup> Она што е фундаментална новина и специфика на концептот на Chiovenda е што правото на правната заштита го објаснува како потестативно право (*Rechte des rechtlichen Könnens*)<sup>11</sup> односно како право кое „гравитира меѓу сферата на приватното и сферата на јавното право“ и е “правна моќ да се реализира условот (создаде состојба) за да се оствари волјата на законот.”<sup>12</sup> Потестативните права според Chiovenda се права кои не се ниту реални ниту персонални и се вистинска спротивност (контраст) на персоналните (облигационите) права.<sup>13</sup>

Според Chiovenda додека во една облигација има доверител кој е во однос со должникот,

6) Теоријата за потестативното право на правната заштита се базира пред сè на реафирмацијата на принципот на официјалност во граѓанската постапка чиј фундаментален инспиратор е Franz Klein со Австрискиот граѓански процесен закон (*Die österreichische Zivilprozessordnung*) од 1895 година. Според Klein државата своеволно ја ограничува материјата на законот и го надгледува законот кога се аплицира односно ја конкретизира својата волја во законот. Според Klein понекогаш може да се случи и нормата на државата предвидена во објективното право да предизвика повреда на субјективните права поради што државата мора да му признае на титуларот можност да го потврди своето право кое е спротивно на законот.

7) Концептот на Chiovenda за правото на правната заштита како потестативно право ќе биде вистински новитет во италијанската процесна догматика. Ова е така затоа што италијанската процесна догматика сè до средината на XIX век се градеше под инфлуенца на францускиот законски процедурализам. За ова најзаслужен беше професорот Mattiolo. Chiovenda за разлика од Mattiolo ќе погледне кон германската пандектна школа. Ова ќе се случи поради одредни временски фактори: донесувањето на Законот за граѓанската постапка на Италија во 1856 година, популарноста на Klein-овиот концепт за реформите на граѓанската постапка и кодификацијата, но и делата на професорот од Лајпциг (Wach) од кои силно ќе биде инспириран. Zamora N.A. (1992) *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, 547-553.*

8) Ова ќе биде нешто епохално за отворањето на можноста за научен развој на чистото процесно право. Сепак, со оглед на фактот што Chiovenda живееше во „светот на граѓанското процесно право“, а не во „светот на чистото процесно право“ неговиот концепт првично ќе биде прегазен од научната критика.

9) Својот концепт за правната природа на правото на правната заштита како потестативно право Giuseppe Chiovenda изворно го изнесува во делото: „Тужбата во системот на правото“ (*L'azione nel sistema dei diritti*) објавено во Болоња во 1903 година.

10) Dorantes T. L. (1980) *Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Unam, Unam, 800. Концептот на Chiovenda ќе има огромно влијание врз концептите за апстрактното право на правната заштита на Carnelutti, Ugo Rocco и Alfredo Rocco.

11) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 25.

12) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, op.cit., 19.

13) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 27.

каде должникот должи обврска (престација) на доверителот и оваа обврска на должникот кон доверителот постои независно од однесувањето на доверителот (дали ќе наплати или не, ќе стори нешто или не, при што дури може да се случи и должникот да сака да плати, а доверителот да не сака да прими), кај потестативните права оној кој има моќ – тужителот создава однос спрема тужениот само откако овој однос ќе го активира. Имено, за разлика од облигациониот однос кој постои независно од тоа дали доверителот го активира (па дури и кога доверителот не сака да постои), кај потестативните права односот помеѓу тужителот и тужениот настанува само ако тужителот го активира односно поднесе формално барање на правна заштита (тужба).<sup>14</sup> Ова значи дека пред поднесувањето на барањето на правната заштита не постои однос помеѓу тужителот и тужениот и дека туженот е тужен само ако тужителот поднесе тужба. Одовде може да се заклучи дека односот помеѓу тужителот и тужениот кај потестативните права настанува само кога тужителот така сака и тоа го бара, а облигацијата и кога доверителот тоа не го бара и сака, како и дека субјекти на процесно-правниот однос се само тужителот и тужениот, но не и државата.

На државата ѝ се негира квалитетот на пасивен субјект бидејќи не постои конфликт граѓанин – држава, односно затоа што државата нема обврска да даде правна заштита.<sup>15</sup> Аргумент за ова е тоа што кога државата дава правна заштита тоа не го прави на сопствена штета (жртва), туку за да оствари една од своите основни функции - да служи на есенцијалниот јавен интерес.

Во случај кога тужителот ќе поднесе барање на правна заштита тој ја манифестира својата волја за интервенција на судскиот орган (затоа што судскиот орган не постапува *ex officio*) и бара да се оствари законот (правната норма) со изрекување на поволна мериторна одлука, затоа што се наоѓа во извесен однос со законот и со моќта на државата (му припаѓа на материјалното право и има правен интерес).

Одовде според Chiovenda предмет на граѓанската постапка е конкретната волја на законот од кој се бара афирмирање на дејствувањето.<sup>16</sup> Со поднесувањето на барањето на правната заштита за тужениот не настанува никаква обврска (содржината на правото на правната заштита е чиста правна моќ, а не туѓа обврска), односно тој не е должен да стори нешто за да го исполни (задоволи) интересот на оној кој го активира ова право. Ова е така затоа што барањето на правната заштита е правна моќ насочена кон тужениот во врска со која се создава правен ефект<sup>17</sup> за остварување на законот, а не обврска на тужениот наспроти оваа моќ (волјата на тужениот во врска со ова право е бескорисна и импотентна).<sup>18</sup> Реализирањето на содржината на правото на правната заштита разбрана како чиста правна моќ е зависна од еден услов. Овој услов е израз на манифестација на волјата на поединецот затоа што судовите не постапуваат без иницијатива на поединецот кој има правна моќ. Одовде правото на правната заштита е право-моќ да се активира судијата (државата) спрема противникот (тужениот) со цел да се оствари конкретната волја на законот (објективното право) која гарантира одредени добра.<sup>19</sup> Ова е така затоа што правото на правната заштита се базира на постоењето на граѓанската постапка која ја регулира процесниот закон независно од правната природа која ќе ѝ се даде на граѓанската постапка. Од друга страна, законот поради одредени мотиви дозволува на поединецот моќ да дејствува преку манифестирање на својата волја без согласност на волјата на другиот за да создаде прекин на една постоечка правна ситуација, за да настане нова правна ситуација или нов правен ефект.<sup>20</sup> Кај правото на правната заштита законот ја признава и дозволува оваа моќ затоа што кај ова право недостасува обврската на едно лице (тужениот) кон тоа да се исполни одредена престација (потестативно право).<sup>21</sup>

14) Според Chiovenda правото може да настане директно од нормата, а потестативното право на правната заштита не доколку нормата не е условена во своето остварување од една приватна волја.

15) За ова многу повеќе Видете кај: Calamandrei P. (1942) *La relatividad del concepto de acción*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Revista de Escuela Nacional del Jurisprudencia núm 13, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, 54.

16) Anchieta N. S. (2013) *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*, Dissertação, São Leopoldo, 124.

17) Критикувајќи ја оваа позиција на Chiovenda Dorantes ќе каже дека правото на правната заштита не треба да се анализира преку посредните ефекти (последниците на сметка на тужениот) туку од аспект на непосредните ефекти (последниците спрема судскиот орган). Според Dorantes грешката што ја прави Chiovenda е перфектно логична бидејќи *causa causae est causa causanti*, но ова не треба да значи дека овие две каузи не се разминуваат. Dorantes T. L. (1980) *Teorias acerca de la naturaleza de la acción procesal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Unam, Unam, 805.

18) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 21.

19) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 21.

20) Dorantes T. L. (1980) *Teorias acerca de la naturaleza de la acción procesal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Unam, Unam, 802.

21) Правото на правната заштита и субјективното право имаат исто извориште – објективното право. Chiovenda G.

Правото на правната заштита се исцрпува со самото истакнување што е и самата волја на тужителот без да може тужениот да направи нешто за да го спречи или оствари.<sup>22</sup> По ова правото на правната заштита се гасне.<sup>23</sup> Одовде во концептот на Chiovenda правото на правната заштита се сваќа како надмоќно право кое за своја содржина има чиста правна моќ (право-моќ), а не туѓ товар (обврска)<sup>24</sup> и како такво е право спрема тужениот (кое создава нова правна состојба), а не контра тужениот<sup>25</sup> и потестативно право кога оваа правна моќ е можност да го оживее условот да се оствари волјата на законот. Ова право како такво не е изолирана фигура во системот на правото, а сепак е различно право од субјективното право, иако во определени случаи (но не неопходно!) може да биде координирано заради остварување на субјективното право. Сумарно ситуации во кои моќта да се бара остварување на волјата на законот се појавува координирана од еден обичен интерес и поради ова како право само за себе чија самостојност е очигледна независно од кое и да било друго право се кога: 1) спрема тужениот ќе се поднесе тужба која е неоснована, 2) кај позитивните и негативните деклараторни тужби за утврдување и 3) кај приватната кривична тужба.

### 3. Значење на концептот на Giuseppe Chiovenda во процесно-правната наука

По концептот на Chiovenda приватноправниот интерес на тужителот да бара правна заштита ќе биде срушен од piedestалот на кој го поставија класичните германски конкретни теории и ќе почне да ја губи својата доминација во корист на јавниот интерес. Како последица од ова и функцијата и целта на граѓанската постапка да ги штити и гарантира субјективните права ќе биде ставена во сенка и ќе започне да се промовира авторитарната концепција за градење на граѓанската постапка како постапка по мера на објективното право.<sup>26</sup> Ова затоа што правото на правната заштита стана автономна фигура на процесното право најчесто координирана на еден интерес на поединецот, право кое се раѓа независно од обврската на противникот и се регулира со сопствени норми. Оваа состојба ќе кулминира со создавање на нова реалност - победа на апстрактизмот (на апстрактните теории за правната природа на правото на правната заштита) и раскинување на врската помеѓу правото на правната заштита и материјалното право што во крајна линија ќе доведе до дематеријализација на правото на правната заштита.<sup>27</sup>

Дематеријализацијата на правото на правната заштита не само што ќе ги затемни границите помеѓу материјалното и процесното право туку и ќе ја отвори идејата за униформност на процесната наука (одовде Chiovenda е основач и татко на чистата процесна наука!) што ќе предизвика вистинска научна криза во конкретните теории за правната природа на правото на правната заштита, но и во учењето за субјективните права.

Дополнително и вистински кризата во конкретните теории за правната природа на правото на правната заштита ќе биде продлабочена и поради новите визии на советското законодавство (со кои ќе биде зајакнато начелото на официјалноста и начелото за судско управување со постапката) кои ќе го деформираат субјективното право и правото на правната заштита ќе го поврзат со чисто политички критериуми<sup>28</sup> и политичката доктрина на националсоцијализмот за „борба против

(1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 26.

22) Овој став на Chiovenda ќе биде доста критикуван. Во контекст на ова се чини со право проф. Devis Echandia потенцира: „она што е потестативно е користењето на правото на правната заштита, а не правото на правната заштита per se.“ Devis E. H. (1997) *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad (Tercera edición), Buenos Aires, 178.

23) Оттука правото на правната заштита му припаѓа на тужителот само на почетокот на постапката, а не во текот на целата постапка, како што смета Wach.

24) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 20.

25) Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 25.

26) Неспорно концептот на Chiovenda е резултат на кризата на субјективниот и победата на објективниот и ситуациониот концепт за правосудството кои ќе се рефлектираат и врз граѓанската постапка и врз правото на правната заштита во граѓанската постапка. Според објективниот концепт за правосудството основна задача на правосудството е остварување на објективното право во конкретниот случај, а според ситуациониот концепт правосудството е функција на државата која за свој крај ја има конкретната волја на законот.

27) Calamandrei P. (1942) *La relatividad del concepto de acción*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Revista de Escuela Nacional del Jurisprudencia núm 13, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, 54-55.

28) До вистинска дисторзија на монистичките и конкретните теории за правната природа на правото на правната заштита ќе дојде и во советското право поради некои законски решенија на Граѓанскиот процесен кодекс на Руската Федерација од 1923 година. Според чл. 2 на Граѓанскиот процесен кодекс на Руската Федерација за да некое барање може да се реализира по судски пат потребно е тоа барање да е во согласност со интересот на државната и работничката класа. Според истиот овој член Јавниот обвинител како адвокат на државата е легитимиран да дозволи судење само за дозволените граѓански барања како и да се вклучи во постапката независно од стадиумот во кој таа се наоѓа како и да презема процесни дејствија во врска со веќе изнесеното барање на тужителот (да го зголеми, да го намали, да го промени основот на барањето). Дури Јавниот обвинител имал законско овластување да

субјективните права (Kampf wider des Subjective Recht)<sup>29</sup> со која ќе се креира еден атипичен монистички концепт за правната природа на правото на правната заштита (монистички концепт sui generis)<sup>29</sup> во услови на непостоење на субјективното право. Овие случувања не само што ќе предизвикаат ерозија во конкретните теории за правната природа на правото на правната заштита (иако е неспорно дека тие ќе бидат први на удар поради фактот што правото на правната заштита во граѓанската постапка најтесно го проучуваа во врска со субјективното право), туку ќе бидат атак и врз самото процесно право кое кога ќе се поврзе со политиката ќе ја фрли контрадикторната граѓанска постапка на колена целосно трансформирајќи ја во еден атипичен вонпроцесен модел на постапка. Од оваа криза на процесното право набргу ќе мора да се излезе, а излезот ќе биде конституционализмот во кој значително ќе триумфираат апстрактните теории за правната природа на правото на правната заштита во граѓанската постапка.

### Заклучок

Учењето на Chiovenda за правната природа на правото на правната заштита како потестативно право ќе се појави во почетокот на XX век. Она што е фундаментална новина и специфика на концептот на Chiovenda е што правото на правната заштита го објаснува како потестативно право односно како право кое „гравитира меѓу сферата на приватното и сферата на јавното право“ и е „правна моќ да се реализира условот (создаде состојба) за да се оствари волјата на законот.“ На овој начин Chiovenda за прв пат на догматско ниво ќе покаже и докаже дека правото на правната заштита постои независно од постоењето на граѓанското субјективно право во услови кога граѓанското процесно право немало своја научна егзистенција во што се состои епохалниот успех на неговото учење – ќе го помогне развојот на науката на граѓанското процесно право.

Меѓутоа, слабост во учењето на Chiovenda е тоа што тој ја игнорира дијалектичката синтеза меѓу правото на правната заштита и граѓанското субјективно право, односно конекцијата меѓу овие две права во системот на правото како заштитувачко и заштитено право. Со самото ова Chiovenda несвесно ќе ги постави основите на чистата процесна наука која како научна дисциплина во поново време започнува да се развива во Италија и Шпанија во Европа и речиси во сите латино-американски држави во Јужна и Средна Америка, конектирајќи го процесното со уставното право. Постоењето на правото на правната заштита како потестативно право доколку се објасни независно од егзистенцијата на граѓанското субјективно право во себе крие една опасност, да биде конектирано со атипични цели, цели кои ја надминуваат и изопачуваат идејата за заштита на граѓанските субјективни права за што вистински доказ ќе биде советското и правото на национал-социјализмот.

### Користена литература:

- [1]. Anchieta N. S. (2013) *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*, Dissertação, São Leopoldo.
- [2]. Dorantes T. L. (1980) *Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Unam, Unam.
- [3]. Devis E. H. (1997) *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad (Tercera edición), Buenos Aires.
- [4]. Calamandrei P. (1942) *La relatividad del concepto de acción*, In: *Estudios sobre el proceso civil*, Revista de Escuela Nacional del Jurisprudencia núm 13, Revista de la Facultad de Derecho de México, México.
- [5]. Chiovenda G. (1903) *La acción en el sistema de los derechos*, Universidad de Bolonia, Bolonia.
- [6]. Zamora N.A. (1992) *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.

ја иницира постапката независно од волјата на титуларот. Така заради директната законски предвидена процесна легитимација на Јавниот обвинител субјективното право ќе го зауби индивидуалниот интерес во советското право. И не само тоа. Според чл. 1 на Граѓанскиот процесен кодекс на Руската Федерација правата се определени со закон и со нивна помош не смее да се оди контра општествено-економските цели. Одовде може да се заклучи дека во советското право на титуларот однапред не му се гарантирале правата и од правото не произлегувала тужбата. Таа можела да биде прифатена или отфрлена различно од случај до случај од судијата со фундамент содржан во политичките критериуми, а освен тоа на судијата законот му давал можност и дискреционо да одлучи – *actionem non dabo*.

29) Публицистичките националсоцијалистички монистички концепти за правната природа на правото на правната заштита во граѓанската постапка ќе бидат доминантни во процесната научна мисла на Третиот Рајх. Овие концепти се еден радикален аспект и отворена војна на процесуалистиката против субјективните права како права кои се контра државата и државните интереси. Со нив се негира секој облик и можност за поврзаност помеѓу правото на правната заштита и субјективното право како право кон или контра државата.