

*Dr Aleksandra G. Pavićević, asistent
Univerzitet u Kragujevcu
Pravni fakultet u Kragujevcu
apavicevic@jura.kg.ac.rs*

RETENCIJA U SRPSKOM PRAVU I U NACRTU OKVIRNIH PRAVILA U OBLASTI PRIVATNOG PRAVA*

Sažetak: Primenom uporednopravnog i aksiološkog metoda, autor u radu razmatra pitanje svrsishodnosti retencije (prava zadržavanja); njen pojam i pravnu prirodu; optimalne uslove za zasnivanje u savremenom domaćem i uporednom pravu; sadržinu; dejstvo i načine prestanka ovog specifičnog građanskopravnog instituta. Strukturu rada čini komparativna analiza ključnih segmenata regulative retencije u pozitivnom srpskom pravu, kao i u tekstu dva nacrta planiranog budućeg prava Republike Srbije i u model-pravilu o retenciji iz Nacrta okvirnih pravila u oblasti privatnog prava – Draft Common Frame of Reference (DCFR) iz 2008. Autor u radu ocenjuje da retencija treba da postoji i u budućem građanskom pravu Srbije, jer ima trostruko opravdanje – opštedoruštveno, materijalno-pravno i procesno. Rad sadrži i obrazloženi predlog buduće regulative retencije, kao i ocenu njene usklađenosti sa pravom Evropske unije. Autor zaključuje da je smer dalje evolucije retencije u evropskom pravu zajednički, a to je priznavanje sve šire sadržine i jačeg dejstva instituta, u cilju što efikasnije zaštite interesa retinenta.

Ključne reči: realno obezbeđenje potraživanja; pravo zadržavanja i namirenja; samozaštita.

* Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

1. UVOD

Retencija predstavlja osobeni vid zaštite prava u dužničko-poverilačkom odnosu, nastao zadiranjem zakonodavca u odnos *inter partes*, kroz davanje mogućnosti poveriocu da uspostavi i jedan stvarnopravni odnos sa dužnikom, sa primarnom svrhom obezbeđenja potraživanja. Pravna konstrukcija, u kojoj se: bez odobrenja sme zadržati stvar, kao deo tuđe imovinske sfere, a u cilju zaštite sopstvene, znači odstupanje od brojnih načela građanskog prava, što ovaj institut čini kontroverznim.

Naime, retencija predstavlja vid samostalnog, neinstitucionalnog ostvarivanja i zaštite prava mimo suda, te joj preti „opasnost od pretvaranja u nepravo“,¹ tj. u vid „privatne kazne“.² Ona predstavlja grubo zadiranje u imovinske interese dužnika protiv njegove volje, čime se povređuje načelo autonomije volje stranaka u građanskopravnom odnosu. Njome se *ex lege* poverilac dovodi u superiorniji položaj u odnosu na dužnika, protivno načelu koordinacije volja građanskopravnih subjekata. Pitanja koja se nameću su brojna, a ključna su: da li postoji potreba za retencijom u savremenom pravu? Koji su optimalni uslovi za njeno zasnivanje? Kakvo je dejstvo, pravna priroda i koje je adekvatno mesto za retenciju među drugim institutima domaćeg pravnog sistema *de lege ferenda*?³

Analizom pozitivnog prava Srbije, doktrine i sudske prakse; a zatim i teksta dva nacrta predloženog budućeg prava Republike Srbije, pokušaćemo da u radu formulišemo što adekvatniji odgovor na prethodno postavljena pitanja. Ključni cilj našeg istraživanja je ocena srpskog rešenja *de lege lata* i procena usklađenosti predložene buduće regulative retencije sa tzv. „mekim“ pravom Evropske unije.⁴ Stvarnopravna pravila EU zasad imaju formu nacrta i predstavljaju model sa kojim države članice s vremenom treba da uskladjuju svoja nacionalna rešenja. U *Soft law*⁵ spada i *Nacrt okvirnih pravila u oblasti privatnog prava – Draft Com-*

¹ Christian Scappel (Skapel), „Le droit de rétention en droit positif“, Revue trimestrielle de droit civil, 1981/3, 541; Philippe Malaurie (Maluri), Laurent Aynes (En), Les sûretés. La publicité foncière, 1995-1996, 435.

² Massimo C. Bianca (Bjanka), *Diritto civile*, Milano 2012, 254; Paolo Basso (Baso), *Il diritto di ritenzione*, Milano, 2010, 10-25.

³ Aleksandra Pavićević, *Pravo retencije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2016, 4-6.

⁴ Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom (SSP), Republika Srbija je preuzeila i obavezu da svoje nacionalno pravo harmonizuje sa pravnim tekovinama Evropske Unije (čl. 72, st. 1 SSP).

⁵ O pojmu Soft law-a vid. Dušanka Đurđev, „Soft law u evropskom komunitarnom pravu“, u: Dragiša Drakić (ur.), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, god. XLVII, 1/2013, 104 i dalje.

mon *Frame of Reference (DCFR)* iz 2008.,⁶ kao osnov za planirani nastanak Evropskog građanskog zakonika. Ovaj pravno neobavezujući dokument značajan je jer sadrži definicije, principe i model-pravila budućeg evropskog privatnog prava,⁷ pa i regulativu retencije. Konačno, uporedna analiza regulative retencije je još značajnija zbog procesa kodifikacije građanskog prava Srbije koji je u toku, a u radu će biti prikazana kroz ključne segmente ovog instituta u domaćoj regulativi i u DCFR-u.

2. POJAM I PRAVNA PRIRODA RETENCIJE U SRPSKOM PRAVU I U DCFR-U

1. U domaćem pravu retencija (*pravo zadržavanja*) je normirana u Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO),⁸ u glavi III u kojoj su regulisana poveriočeva prava i dejstva dužnikovih obaveza. Iako je normirana među institutima obligacionog prava, činjenica da je retencija pravo na stvari, zasnovano na njenoj fizičkoj apreheziji; sa svrhom realnog obezbedenja potraživanja; sa pravnim dejstvom širim od dejstva *inter partes*, ukazuje na pretežno stvarnopravnu prirodu ovog instituta. Međutim, retenciji nedostaje jedan značajan element stvarnih prava – pravo sledovanja,⁹ zbog čega možemo oceniti da je retencija „najslabije stvarno pravo“. S obzirom na to da je domaći zakonodavac propustio da u ovoj normi definiše pojam retencije¹⁰, kroz precizno određivanje njenog višeg rodnog pojma i vrsne razlike, ovo pitanje ostaje sporno, te daje povoda različitim interpretacijama u domaćoj doktrini.

⁶ Principles, Definitions and Model Rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Christian von Bar (von Bar) et al., 2009, http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf, 10. jul 2019.

⁷ Wolfgang Faber (Faber), „Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to BOOK IX, DCFR“, Juridica International, Law Review, No. 2, 2014, 27-36; W. Faber, Brigitta Lurger (Lurger), National reports on the Transfer of Movables in Europe, 2011, <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/333729536.pdf>; 20. jul, 2019; Jan M. Smits (Smits), „Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?“ Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 15, 2008, 145 – 148, https://www.academia.edu/25400725/A_Factual_Assessment_of_the_Draft_Common_Frame_of_References_by_the_Common_Core_Evaluating_Group_Draft_, 20. jul 2019.

⁸ „Poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje“. Čl. 286 Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije, „Službeni list SFRJ“, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Službeni list SRJ“, br. 31/1993; „Službeni list SCG“, br. 1/2003. U daljem tekstu ZOO.

⁹ O pravnoj prirodi retencije vid. A., Pavićević, 2016, 432-468.

¹⁰ Aleksandra Pavićević, „Pojam retencije u domaćem i uporednom pravu“, Pravni život, knj. 576, br. 10/2015, 505-521.

Ovakvo rešenje se pritom, ponavlja i u tekstu Nacrta Građanskog zakonika Srbije,¹¹ dok u predlogu Nacrta zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije iz 2011.¹² definicija retencije postoji, što smatramo adekvatnijim rešenjem. Praktični značaj zakonskog definisanja je u boljem razumevanju instituta, a pravno-teorijski u otkrivanju zajedničkih karakteristika retencije u različitim regulativama. Na taj način može se potencijalno otkriti tzv. *common core* („zajedničko jezgro“)¹³ pojma evropske retencije *de lege ferenda*.

2. Za razliku od srpskog prava, rešenje DCFR-a sadrži po našoj oceni, go-tovo idealnu definiciju retencije, tj. „*prava na zadržavanje poseda*“ (*Right of retention of possession*).¹⁴ U definiciji je najpre preciziran viši rodni pojam retencije – njena pravna priroda, a to je: *akcesorno* pravo, koje služi obezbeđenju potraživanja, kao glavnog prava. Dalje, retencija je uže određena kao *stvarno* pravo *realnog obezbeđenja potraživanja* i to *državinskog karaktera*. Ipak, osobenost njegovog pravnog dejstva je u svojevrsnom: „*pojačavanju*, do dejstva pravih *iura in re aliena*“. U definiciji je sadržana i vrsna razlika, koju čine specifični elementi, koji retenciju izdvajaju od sličnih prava realnog obezbeđenja potraživanja. Ti elementi su: 1) osnov nastanka – ugovor ili zakon; 2) predmet – dužnikova pokretna stvar;¹⁵ 3) sadržina;¹⁶ i 4) subjekat (fizičko ili pravno lice).

3. USLOVI ZA ZASNIVANJE RETENCIJE

3.1. Uslovi za zasnivanje retencije u srpskom pravu

Opšti uslovi za nastanak retencije, po opštem pravilu, u domaćem pravu su kumulativno: potraživanje, stvar i državina stvari, uz postojanje volje titulara (subjektivni uslov).¹⁷

¹¹ Druga knjiga: Obligacioni odnosi, glava VI, odeljak 3. „Pravo zadržavanja“, čl. 477 – 480 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 10. jul 2019. U daljem tekstu: Nacrt GZS.

¹² Čl. 522 Nacrta zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2011, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, 10. jul 2019.

¹³ Vid. Dušan Nikolić, „Ujednačavanje stvarnog prava (Putevi i stranputice)“, Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, br. 3/2003, 297-316.

¹⁴ DCFR, Subsection 4, IX. – 2:114.

¹⁵ Retencija je regulisana u glavi IX DCFR-a, pod naslovom: Proprietary security rights in movable assets (uz zalogu i pravo zadržane svojine).

¹⁶ U definiciji je navedeno samo ovlašćenje zadržavanja, a namirenje u posebnoj odredbi DCFR-a.

¹⁷ Silvija Petrić, Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu, Split 2004, 175.

1. Potraživanje kao uslov. Zakonom eksplisitno predviđeni uslovi koje potraživanje mora da ispunji su: *postojanje, punovažnost, dospelost i određenost*, uz *utuživost* potraživanja, kao opšteprihváćeni uslov u doktrini.¹⁸ Retencija bez potraživanja ne postoji i nema nikakvu svrhu,¹⁹ te *postojanje punovažnog potraživanja* predstavlja nužan preduslov njenog nastanka.²⁰ Dospelost²¹ potraživanja je potrebna jer označava vreme sticanja prava na prinudno ostvarenje potraživanja putem suda, a shodno tome i prava na privatnopravnu sankciju.²² *Određenost potraživanja* je deo načela specijaliteta svih prava obezbeđenja, pa i retencije. Međutim, u cilju zaštite pravne sigurnosti, bilo bi korisno budućim rešenjem izričito uvesti u zakonsku formulaciju i kvalitet *dovoljne određenosti* ili bar *odredivosti* retencijom obezbeđenog potraživanja. Ovakav trend sledi tekst Nacrta iz 2011.,²³ što smatramo znatnom prednošću u odnosu na rešenje Nacrta GZS,²⁴ kojim je doslovno preuzeto postojeće rešenje retencije iz ZOO, bez preciziranja pojedinih (obaveznih) kvaliteta potraživanja.

2. Stvar (objekat retencije) kao uslov. Retencija predstavlja osobeno (realno) *pravo na stvari*, koja je u posedu retinenta.²⁵ Čak i oni autori²⁶ koji retenciji osporavaju stvarnopravnu prirodu redukujući je na „prostu suspenziju obaveze isporuke“, priznaju da retencija crpi svoju snagu i opravdanje upravo iz materijalne stvari, kao objekta. Vlasnik zadržane stvari je dužnik retinenta-poverioca iz obligacionog odnosa, u kome je nastalo potraživanje povodom čijeg obezbeđenja se vrši retencija. Dakle, objekat retencije je *dužnikova stvar*,²⁷ a budući da se prime-

¹⁸ Duško Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Banja Luka 2013, 172.

¹⁹ Max Volmer (Volmer), *Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes*, Inaugural-Dissertation, Berlin 1895, 18-20.

²⁰ Jovan Gucunja, „Uslovi za vršenje prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima”, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 11/1979, 21.

²¹ Jelena Čuveljak, „Pravo zadržanja (ius retentionis)“, *Pravo i porezi*, br. 6/09, 43. Izuzetak je samo tzv. retencija u nuždi.

²² Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Zagreb 1978, 1140.

²³ Čl. 522 Nacrta iz 2011. god: „Pravo zadržanja je zakonom određeno pravo poverioca (zadržalac) da dužnikovu stvar, odnosno hartiju od vrednosti koja je u njegovoj državini zadrži dok mu se određeno ili odredivo dospelo potraživanje ne namiri i da, osim ako je stvar nepotkretna, to potraživanje namiri iz njene vrednosti pošto o nameri namirenja blagovremeno obavesti dužnika“.

²⁴ Čl. 477 stav 1 Nacrta GZS i čl. 286 ZOO

²⁵ Gabriel Marty (Marti), Pierre Raynaud (Reno), *Droit civil*, Tome III, *Les sûretés la propriété foncière*, Paris 1971, 18.

²⁶ Nicole Catala-Franjou (Ketala Frenžu), „De la nature juridique du droit de retention“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, 35.

²⁷ Čl. 286 st. 1 ZOO.

njuje analogija sa zalogom (kao stvarnim pravom na tuđoj stvari), smatra se da ni retencija ne može biti zasnovana na svojoj stvari, već samo na tuđoj.²⁸

Pokretne stvari predstavljaju u praksi najčešći, najlakši i najpodobniji objekat za zadržavanje i to kako u sferi građanskog, tako i trgovackog prometa. Stilizacija zakonske odredbe u domaćem pravu je sledeća: „*Poverilac u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar* ima pravo da je zadrži...“. Problematično je to što neki autori iz ove zakonske konstrukcije ne izvode samo zaključak o dozvoljenosti retencije na pokretnim stvarima, kao onima koje se po pravilu „imaju u rukama“, već i obrnuto: zaključak o nepodobnosti nepokretnih stvari za zadržavanje, budući da se one „nemaju u rukama“.²⁹ Za razliku od neujednačenih shvatanja pravnih pisaca o mogućnosti retencije nepokretnosti, podobnost pokretnih stvari za zadržavanje je opšteprihvaćeni stav doktrine.³⁰

Ipak, postoji nekoliko kategorija pokretnih stvari koje absolutno ne mogu biti objekat retencije i to: van pravnog prometa³¹; nesamostalne i buduće. Dalje, postoji i kategorija pokretnih stvari koje mogu biti objekat retencije, ali tek uz ispunjenje određenih dopunskih uslova i to su: generičke stvari (naročito novac), hartije od vrednosti; potrošne i zamenljive stvari; kao i odvojeni plodovi prethodno retinirane stvari. Konačno, u domaćem pravu³² podela stvari na *procenljive i neprocenljive*³³ ima suštinsku važnost za kvalifikaciju jedne stvari kao prikladnog objekta retencije.

Za razliku od nekih stranih rešenja (poput švajcarskog)³⁴, koja eksplicitno dozvoljavaju samo retenciju pokretnih stvari i hartija od vrednosti, ostale regulative, pa i domaća, navode kao objekat retencije: „neku dužnikovu (dakle, *bilo koju, prim. aut.*) stvar“. Stoga, čini se da nema smetnji da se i *nepokretnosti* uvrste u moguće objekte retencije. Barem je ovo zaključak većeg broja domaćih autora,³⁵

²⁸ Andrej Berden, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana 2004, 707; Tomaž Kereš, *Stvarnopravna zavarovanja*, Maribor 2001, 189.

²⁹ Upotrebljenu zakonsku terminologiju ne treba shvatiti bukvalno, jer se i nepokretnosti mogu imati u neposrednoj državini.

³⁰ Peter Tuor (Tuor), Bernhard Schnyder (Šnider), *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1979, 737.

³¹ Fritz Korn (Korn), *Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1881, 34; Nikola Gavella et al, *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, 53; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb 2004, 417; Vesna Bilbija, „*Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu*”, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-5/2011, 94.

³² Čl. 287 st. 2 ZOO.

³³ Nina Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac 2012, 10.

³⁴ Čl. 895 Švajcarskog građanskog zakonika.

³⁵ Staniša Paunović, *Pravo zadržavanja – retencije (Ius retentionis)*, Sudska praksa, god. XXVII, 2008, 65.

koji su se bavili ovom problematikom. Međutim, sudska praksa³⁶ i nekoliko suprotnih stavova u doktrini upućuju i na suprotan zaključak, kao moguć.³⁷

Treći stav doktrine o mogućnosti retencije nepokretnosti,³⁸ predstavlja kompromisno rešenje između dve krajnosti, pa se dopuštenim smatra – *samo zadržavanje* nepokretnosti, u cilju vršenja pritiska na neurednog dužnika, ali ne i naminjenje prodajom takve retinirane stvari³⁹. Međutim, ovakva interpretacija zakona je u literaturi svedena na nivo konstatacije, a potom preuzeta od strane više domaćih autora.⁴⁰ Smatramo da je na mestu stav iznet u doktrini⁴¹ da ono što se ovde zapravo pojavljuje kao sporno jeste pitanje mogućnosti analogne primene pravila o (prvenstvenom) namirenju *založnog poverioca* na namirenje prodajom zadržavane nepokretnosti.

Kada je u pitanju domaće pravo *de lege ferenda*, domaći Nacrti sadrže različite predloge za regulativu retencije. Nacrtom GZS je ponovljeno rešenje ZOO, koje kao objekat retencije uključuje svaku „stvar“, dakle i nepokretnu. Smatramo da ovo rešenje, zbog izložene situacije kod nas, ne bi rešilo postojeće nedoumice u tumačenju ovakve formulacije, zbog čega ga ne možemo oceniti kao najbolje moguće. Sa druge strane, Nacrtom iz 2011. predloženo je jezički preciznije pravilo.⁴² U njemu su predmet zadržanja sve stvari, a predmet unovčenja su samo pokretne stvari i hartije od vrednosti, dok su *nepokretnosti eksplicitno isključene*.

³⁶ Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, Gz. 7169 od 5. Marta 1970., Zbirka sudske odluke, knj. XV, sv. 2, odl. br. 157; Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 1619/2003 od 5. 12. 2003. godine, ParagrafLex.

³⁷ Ovi autori ističu da za nepokretnosti važi specifičan pravni režim, te da je smetnja i zakonski preduslov da se retinirana stvar može izložiti prodaji i to prema pravilima o prodaji založene stvari. Dragoljub Stojanović, Komentar zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 1, Kragujevac 1980, 811; Slobodan Perović, Komentar zakona o obligacionim odnosima, Beograd 1995, 671. Detaljno o kontraargumentaciji ovog stava vid. A. Pavićević, 2016, 221-231.

³⁸ Obren Stanković, Miodrag Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1999, 262-263.

³⁹ Namirenje retinenta iz vrednosti zadržavane nepokretnosti svakako je moguće u smislu opštег pravila obligacionog prava, tj. kao sastavnog dela dužnikove imovinske mase.

⁴⁰ Leksikon gradanskog prava, Beograd 1996, 167; Radmilo Lorenc, Pravo zadržavanja (*Ius retentionis*), doktorska disertacija, Beograd 1966, 53-54; Radmila Kovačević-Kuštrimović, Miroslav Lazić, Stvarno pravo, Niš 2009, 246; Ilija Babić, Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Sarajevo 1985, 264; Ivan Kaladić, „Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora“, Pravo i porezi, br.8/2000, 24; Zlatan Stipković, „Pravo retencije i neki slični instituti“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br. 3/1972, 287; Stojan Cigoj, Obligacije, Ljubljana 1976, 1026.

⁴¹ Dragor Hiber, Miloš Živković, Obezbedenje i učvršćenje potraživanja, Pravni fakultet u Beogradu, 2015, 169-170.

⁴² Čl. 522 st. 1 Nacrtu iz 2011. god.

Najadekvatnije rešenje za buduće srpsko pravo, po našoj oceni je izričito navođenje nepokretnosti kao dozvoljenog objekta retencije, a moguće ga je sadržinski dvojako regulisati: isključivo kao zadržavanje nepokretnosti ili kao zadržavanje i namirenje. Drugi i manje radikalni pristup značio bi samo preciziranje postojeće zakonske formulacije ZOO, po kojoj bi dozvoljeni objekat retencije (sa istom sadržinom) mogla biti: *neka pokretna ili nepokretna stvar*. Ovakav precizan jezički izraz otklonio bi nedoumice u doktrini i praksi; objekat retencije bio bi širi, a ovo rešenje bi ujedno značilo potvrdu domaće pravne tradicije, koja postoji od 1978., kada je donet ZOO.

3. *Državina stvari kao uslov*. Ideja zadržavanja neke stvari, pretpostavlja prethodno držanje⁴³ iste. Domaći zakonodavac čak zahteva „držanje takve stvari u rukama“.⁴⁴ Prema rešenju ZOO⁴⁵ u jednom slučaju retencija će biti isključena i to ako je stvar „izašla iz državine dužnika protivno njegovoj volji“. U domaćoj doktrini je opšteprihváćeno shvatanje da je jedan od osnovnih uslova za nastanak retencije – *neposredna* državina retinenta, a ovakav zaključak se izvodi iz zakonske formulacije ovog uslova kao: držanje stvari „u rukama“. Ipak, ZOO zapravo ne koristi termin držalac (što je terminologija ZOSPO za lice koje ima faktičku vlast na stvari, uz prirodnu državinsku volju), već – *poverilac koji drži stvar u rukama*. Smatramo da ovu nejasnu formulaciju ZOO treba *de lege ferenda* izmeniti u: *držalac stvari*, a drugi deo formulacije iz ZOO – „u rukama“ brisati, jer je u pitanju preusko određenje.

3.2. Uslovi za zasnivanje retencije u DCFR-u

Za nastanak retencije opšte pravilo DCFR-a je sledeće⁴⁶: 1) obezbeđeni poverilac mora biti ovlašćen na retenciju protiv vlasnika zadržane stvari (svog dužnika)⁴⁷; 2) mora da postoji telesna stvar i to pokretna, kao objekat realnog obezbeđenja; 3) pravo na stvari mora biti u pravnom prometu; 4) mora postojati punovažno potraživanje, kao predmet obezbeđenja; i 5) dopunski uslovi.⁴⁸ Retencija je dakle, jedno od državinskih prava obezbeđenja, koje faktičkom vlašću na retiniranoj stvari realizuje publicitet i dejstvo prema trećima. Ipak, zahtev za posedom je ublažen činjenicom da državina retinenta može biti i posredna.

⁴³ Čl. 70 i 71 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (ZOSPO), „Sl. list SFRJ“, br. 6/80 i 36/90, „Sl. list SRJ“, br. 29/96 i „Sl. Glasnik RS“, br. 115/2005 – dr. zakon.

⁴⁴ Čl. 286 ZOO.

⁴⁵ Čl. 287 ZOO.

⁴⁶ DCFR, IX. – 2:102.

⁴⁷ C. Von Bar et al., 5447.

⁴⁸ DCFR, X. – 2:104.

4. SADRŽINA RETENCIJE U SRPSKOM PRAVU I U DCFR-U

U domaćem pravu sadržina retencije je određena kroz dva osnovna ovlašćenja retinenta i to su: zadržavanje dužnikove stvari i odbijanje dužnikovog zahteva za njen povraćaj, kao i namirenje iz vrednosti stvari, nakon obaveštenja dužnika o tome.⁴⁹

Sa druge strane, sadržina retencije u DCFR-u je regulisana znatno preciznije, kroz detaljno isticanje svih ovlašćenja i obaveza stranaka u ovom građansko-pravnom odnosu.⁵⁰ Među *pravima obezbeđenog poverioca* tako se navode: pravo na posed⁵¹; na odbijanje izdavanja stvari na zahtev vlasnika do namirenja obezbeđenog potraživanja⁵²; pravo retinenta na prisvajanje odvojenih civilnih plodova od opterećene stvari (novo i značajno ovlašćenje); pravo namirenja iz vrednosti ostvarene prodajom stvari; pravo prvenstva (ispred svih realno obezbeđenih posverilaca); i pravo raspolažanja (glavnim pravom, uz koje se prenosi i akcesorno), što je korisno preciziranje, jer je reč o doktrinarno spornom ovlašćenju. Titular ovog prava obezbeđenja nema pravo upotrebe stvari, osim izuzetno, u slučaju i u meri u kojoj je upotreba neophodna radi njenog očuvanja i ispravnosti.

Među *obavezama ovlašćenog lica* ističu se: održavanje identiteta opterećene stvari; čuvanje sa pojačanim stepenom pažnje; održavanje; *obaveza* na državinsku zaštitu (što je značajna novina); davanje informacija obaveznom licu o iznosu obezbeđenog potraživanja i pokrivenosti iznosa realnom garancijom; i obaveštene vlasnika stvari – dužnika, da će titular realne garancije pristupiti realizaciji svog prava – njenom prodajom. Sa druge strane, *ovlašćenja i obaveze vlasnika* opterećene stvari su korelativne navedenim obavezama i ovlašćenjima retinenta.

5. DEJSTVO RETENCIJE U SRPSKOM PRAVU I U DCFR-U

1. Nacrtom GZS je pitanje dejstva retencije regulisano na identičan način kao u ZOO, u pogledu: sadržine,⁵³ kao i nedovoljno jasnog dejstva retencije na

⁴⁹ Čl. 286-289 ZOO.

⁵⁰ Section 2, IX. – 5:201; X. – 5:208; X. – 7:207; X. – 7:215; IX. – 7:216; Section 3, IX. – 5:301; IX. – 5:303; Subsection 2, IX. – 5:206; IX. – 7:202; Section 4, IX. – 5:401; IX. – 7:209.

⁵¹ O pravu na posed retinenta videti u: Harry Westermann (Vesterman), Sachenrecht, Karlsruhe 1960, 139; Julius Staudinger (Štaudinger), Karl Heinz Gursky (Gurski), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht, BGB, III §§ 985-1011, 2012, 171.

⁵² Karl Oftinger (Oftinger), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1952, 354; Heinrich Klang (Klang), Kommentar zum ABGB, I-2, Wien 1930, 366.

⁵³ Anton Breuer (Brojer), Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Bonn 1904, 4.

pokretnim i nepokretnim stvarima; i sistematike – regulisanje u obligacionom delu zakonika. Nacrtom iz 2011.⁵⁴ je problematika dejstva retencije razrađenija, te je u definiciju uključeno i ovlašćenje namirenja. Odnos dva ovlašćenja koja čine sadržinu retencije, a kojima se realizuje njen efekat, preciznije su određena. Eksplicitno je regulisano i sticanje retencije od nevlasnika,⁵⁵ što u pozitivnom pravu predstavlja pravnu prazninu. Prednost ovog rešenja, po našoj oceni je i sistematika Nacrtu, kojom je retencija u domaćem pravu, po prvi put, nedvosmisleno označena kao osobeno realno pravo obezbeđenja potraživanja, među srodnim institutima – *iura in re aliena*.

2. I prema DCFR-u retencija dejstvuje i prema trećim licima, omogućavajući uz zadržavanje dužnikove stvari i prvenstveno namirenje, čime se: „*klasično pravo zadržavanja uzdiže do prave realne garancije*“.⁵⁶ Vreme sticanja prava određuje redosled namirenja realno obezbeđenih poverilaca⁵⁷. Ipak, u ovom tekstu⁵⁸ retencija je kvalifikovana kao jedna od *superprivilegija* („*superpriority*“), koja ovlašćenom licu obezbeđuje prvenstvo čak i pred ranije nastalim pravima realnog obezbeđenja.⁵⁹ Na ovaj način, retencija prevazilazi vremenski princip rangiranja stvarnih prava (*prior tempore potior iure*) i uzrokuje „pomeranje“ redosleda namirenja poverilaca na istoj stvari. Reč je o sredstvu obezbeđenja koje je (po pravilu) zakonskog porekla (kao i zakonsko založno pravo), te je objasnjivo da zato ima prioritet.

Ovakvo rešenje predstavlja vrhunac evolucije prava retencije, jer kao takva ona postaje suprotstavljiva svakom licu, te uslovljava prvenstveno namirenje retinenta (trgovca i netrgovca)⁶⁰, remeteći redosled namirenja ostalih realno obezbeđenih (a utoliko pre i hirografernih) poverilaca.

6. PRESTANAK RETENCIJE U SRPSKOM PRAVU I U DCFR-U

Načini prestanka retencije prema DCFR-u pretežno su usklađeni sa opšteprihvaćenim načinima prestanka ovog prava i u srpskom rešenju, te ih nećemo zasebno prikazivati u radu. Konkretno, u DCFR-u se sledećim redosledom navo-

⁵⁴ Čl. 522 st. 1 Nacrtu.

⁵⁵ Čl. 524 Nacrtu.

⁵⁶ C. Von Bar et al., 5447.

⁵⁷ DCFR, Chapter 4, IX. – 4:101.

⁵⁸ DCFR, IX. – 4:107.

⁵⁹ DCFR, IX. – 4:102: Superpriority: (3) A security right based upon a right of retention of possession according to IX. – 2:114 (Right of retention of possession) takes priority over any other right in the retained asset. C. Von Bar et al., 5448.

⁶⁰ IX.-2:107 DCFR. W., Faber, 27-36.

de načini gašenja retencije:⁶¹ sporazumno; ako se obezbeđeni poverilac odrekne prava obezbeđenja – dobrovoljnim povraćajem opterećene stvari vlasniku (svom dužniku); ako opterećeno dobro propadne; ako obezbeđeni poverilac postane vlasnik opterećene stvari (konsolidacija); ako vlasnik opterećene stvari postane treće lice – neopterećeno ranijim realnim teretima konstituisanim na stvari (poput sticanja svojine po pravilima o sticanju od nevlasnika); i konfuzijom.

7. ZAKLJUČAK

Dosadašnja geneza retencije ukazuje na kontinuitet opšte ideje zaštite pravičnosti i ekvivalencije uzajamnih davanja stranaka, što je najopštiji *ratio* ovog instituta, počev od rimskog prava, pa do modernog koncepta. Možemo zaključiti da je istorija retencije empirijska potvrda svršishodnosti i realne potrebe za postojanjem ovog instituta. Retencija je pravo obezbeđenja *sui generis*, koje nema svoj pandan, zbog čega logično, zaslužuje posebno mesto i u domaćem sistemu građanskog prava.

Razlog materijalnopravne prirode koji opravdava njeno institucionalizovanje je činjenica da je retencija vrsta realnih prava obezbeđenja potraživanja, koja poslednjih decenija doživljavaju ekspanziju i na nacionalnom i na nadnacionalnom nivou. Drugi razlog ima opštedruštveni aspekt – a to je povraćaj narušene ravnoteže u pravni odnos, u vidu izuzetka od zabrane samovlasnog vršenja prava, pod izričito predviđenim zakonskim uslovima (zaštita prava kroz dozvoljenu samopomoć, a ne samovlašće)⁶². Treći razlog je značaj retencije i u procesnom smislu, kroz racionalizaciju vremena i troškova, što je u skladu sa načelom procesne ekonomije.

Potvrda činjenice da je izabrani pravno-politički kurs domaćeg zakonodavca prema ovom pravu adekvatan, jeste i regulativa DCFR-a. Smer dalje evolucije retencije u evropskom pravu je zajednički, a to je priznavanje sve šire sadržine instituta, u cilju što sveobuhvatnije i efikasnije zaštite interesa retinenta. Očigledna je tendencija u Evropi – ojačanje retencije na svim poljima: bogatijom sadržinom; jednostavnijim i malobrojnijim uslovima zasnivanja; širenjem kruga subjekata; i prioritetom u namirenju. Dakle, cilj nije suzbijanje retencije, već što lakša i šira primena, što smatramo „pravcem budućnosti“ u evoluciji ovog instituta.

⁶¹ DCFR, Chapter 6, IX. – 6:101.

⁶² Aleksandra Pavicevic, Visnja Randjelovic, „When does the self-protection end and autocracy begin?“ U: Mojanski, Cane T. (ed.), International Scientific Conference, Researching Security – Approaches, Concepts and Policies, vol. 25, Faculty of Security, Skopje 2015, 349-361.

Domaća pozitivna regulativa retencije, kao i predlog buduće, u značajnoj meri je uskladena sa rešenjem DCFR-a, izuzev dva segmenta – posredne državine retinenta i jedne vrste objekta retencije – nepokretnosti. Osim toga, moguće je i poželjno, domaće rešenje precizirati i dopuniti pojedinim rešenjima obrazloženim u radu. Konačno, predloženom regulativom retencije *de lege ferenda*, po uzoru na model DCFR-a, bi se pokrenulo i važno pitanje potencijalnog redefinisanja *numerus clausus-a* domaćih stvarnih prava.

LITERATURA I IZVORI

- Ilija Babić, *Ugovor o ugostiteljskoj ostavi*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Sarajevo 1985.
- Paolo Basso, *Il diritto di ritenzione*, Milano, 2010.
- Massimo C. Bianca, *Diritto civile*, Milano 2012.
- Andrej Berden, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana 2004.
- Vesna Bilbija, „Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-5/2011.
- Anton Breuer, *Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Bonn 1904.
- Martin Vedriš, Petar Klarić, *Gradansko pravo*, Zagreb 2004.
- Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Zagreb 1978.
- Max Volmer, *Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes*, Inaugural-Dissertation, Berlin 1895.
- Nikola Gavella et al., *Stvarno pravo*, Zagreb 1998.
- Jovan Gucunja, „Uslovi za vršenje prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, br. 11/1979.
- Dušanka Đurđev, „Soft law u evropskom komunitarnom pravu“, u: Dragiša Drakić (ur.), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, god. XLVII, 1/2013.
- Ivan Kaladić, „Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora“, *Pravo i porezi*, br.8/2000.
- Heinrich Klang, *Kommentar zum ABGB*, I-2, Wien 1930.
- Tomaž Keresteš, *Stvarnopravna zavarovanja*, Maribor 2001.
- Radmila Kovačević-Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2009.
- Fritz Korn, *Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1881.
- Leksikon građanskog prava*, Beograd 1996.
- Radmilo Lorenc, *Pravo zadržavanja (Ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd 1966.
- Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Les sûretés. La publicité foncière*, 1995-1996.
- Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil, Tome III, Les sûretés la publicité foncière*, Paris 1971.
- Duško Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Banja Luka 2013.

- Dušan Nikolić, „Ujednačavanje stvarnog prava (Putevi i stranputice)“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2003, 297-316.
- Karl Oftinger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1952.
- Aleksandra Pavićević, *Pravo retencije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Kragujevcu, 2016.
- Aleksandra Pavićević, „Pojam retencije u domaćem i uporednom pravu“, *Pravni život*, knj. 576, br. 10/2015.
- Aleksandra Pavicevic, Visnja Randjelovic, „When does the self-protection end and autocracy begin?“ U: Mojanoski, Cane T. (ed.), International Scientific Conference, Researching Security – Approaches, Concepts and Policies, vol. 25, Faculty of Security, Skopje 2015.
- Staniša Paunović, „Pravo zadržavanja – retencije (Ius retentionis)“, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008.
- Slobodan Perović, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Beograd 1995.
- Silvija Petrić, *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Split 2004.
- Nina Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac 2012.
- Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999.
- Zlatan Stipković, „Pravo retencije i neki slični instituti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII – br. 3/1972.
- Julius Staudinger, Karl Heinz Gursky, J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht*, BGB, III §§ 985-1011, 2012.
- Dragoljub Stojanović, Komentar zakona o obligacionim odnosima, Knjiga 1, 1980.
- Christian Scappel, „Le droit de rétention en droit positif“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981/3.
- Peter Tuor, Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1979.
- Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet u Beogradu, 2015.
- Nicole Catala-Franjou, „De la nature juridique du droit de retention“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967.
- Stojan Čigoj, *Obligacije*, Ljubljana 1976.
- Jelena Ćuveljak, „Pravo zadržanja (ius retentionis)“, *Pravo i porezi*, br. 6/09.
- Harry Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe 1960.
- Principles, Definitions and Model Rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Christian von Bar et al., 2009, http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf, 10. jul 2019.
- Wolfgang Faber, „Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to BOOK IX, DCFR“, *Juridica International, Law Review*, No. 2, 2014, 20. jul 2019.
- Wolfgang Faber, Brigitte Lurger, *National reports on the Transfer of Movables in Europe*, 2011, <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/333729536.pdf>, 20. jul 2019.

Jan M. Smits, „Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?“ *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, 2008, https://www.academia.edu/25400725/A_Factual_Assessment_of_the_Draft_Common_Frame_of_Reference_by_the_Common_Core_Evaluating_Group_Draft_, 20. jul 2019.

Pravna baza podataka *ParagrafLex*, sudska praksa u elektronskoj formi.

Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije, „*Službeni list SFRJ*”, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „*Službeni list SRJ*”, br. 31/1993; „*Službeni list SCG*”, br. 1/2003.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, „*Sl. list SFRJ*”, br. 6/80 i 36/90, „*Sl. list SRJ*”, br. 29/96 i „*Sl. Glasnik RS*”, br. 115/2005 – dr. zakon.

Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 10. jul 2019.

Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2011, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, 10. jul 2019.

Aleksandra G. Pavićević, Ph. D., Assistant
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
apavicevic@jura.kg.ac.rs

Right of Retaining Possession in Serbian Law and in the Draft Common Frame of Reference⁶³

Abstract: By using comparative and axiological method, the author considers the following issues: the purposefulness of right of retaining possession; definition and legal nature; optimal conditions for its establishment in contemporary domestic and comparative law; its contents and effect. The subject of this paper is analysis of regulation of right of retention possession in Serbian positive law; two Drafts of the future Serbian Civil Law; as well as the retention model-rule of the 2008 Draft Common Frame of Reference (DCFR). The author estimates that right of retaining possession should exist in Serbia's future civil law, because it has a triple justification. The paper contains explained proposal for the future regulation of retention as a quasi real right in rem and assessment of its compliance with EU ACQUIS. The author concludes that the direction of the further evolution of retention in European law is common, and that is – recognition of the broader content and stronger effect of the institute, in order to protect the interests of the retinent more effectively.

Keywords: security right in rem; right of retaining and settlement; private action.

Datum prijema rada: 24.10.2019.

⁶³ This paper has been presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.