

**УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

Александра Павићевић

ПРАВО РЕТЕНЦИЈЕ

Докторска дисертација

Крагујевац, 2016.

<i>I. Аутор</i>
Име и презиме: Александра Павићевић
Датум и место рођења: 12. 06. 1984., Крагујевац
Садашње запослење: асистент у настави на ужој грађанскоправној научној области Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
<i>II. Докторска дисертација</i>
Наслов: Право ретенције
Број страница: 537
Број слика:
Број библиографских података: 411
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет у Крагујевцу, Универзитет у Крагујевцу
Научна област (УДК): 347.27 (ужа грађанскоправна научна област)
Ментор: проф. др Нина Планојевић, ванредни професор на ужој грађанскоправној научној области Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
<i>III. Оцена и одбрана</i>
Датум пријаве теме: 10. 11. 2014. (4217/14)
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације: IV-02-194/19; 15. 04. 2015.
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: проф. др Мирослав Лазић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, ужа грађанскоправна научна област; проф. др Ненад Ђурђевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа грађанскоправна научна област; проф. др Нина Планојевић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа грађанскоправна научна област, ментор
Комисија за оцену и одбрану докторске дисертације: проф. др Мирослав Лазић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, ужа грађанскоправна научна област, председник Комисије; проф. др Ненад Ђурђевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа грађанскоправна научна област проф. др Драгица Живојиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа грађанскоправна научна област
Датум одбране дисертације:

СКРАЋЕНИЦЕ КОРИШЋЕНЕ У РАДУ

Позитивно право Републике Србије:

ЗОО - Закон о облигационим односима

ЗОСПО - Закон о основама својинско-правних односа

ЗМ - Закон о меници

ЗЧ - Закон о чеку

ЗА - Закон о адвокатури

ЗС - Закон о стечају

ЗХ - Закон о хипотеци

ЗИО - Закон о извршењу и обезбеђењу

ЗРЗ - Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар

ЗН - Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације

Позитивно право страних земаља:

АГЗ - Аустријски грађански законик

АТЗ - Аустријски трговачки законик

УГВ - Аустријски законик о предузећима

НГЗ - Немачки грађански законик

НТЗ - Немачки трговачки законик

ШГЗ - Швајцарски грађански законик

ШЗО - Швајцарски законик о облигацијама

ФГЗ - Француски грађански законик

ИГЗ - Италијански грађански законик

SGA - Закон о продаји робе (*The Sale of Goods Act*)

СЗ - Стварноправни законик Републике Словеније

ОЗ – Облигацијски законик Републике Словеније

ЗВДСП - Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске

ЗООХ – Закон о обвезним односима Републике Хрватске

ЗСПО - Закон о својинско – правним односима Републике Црне Горе

ЗООЦГ - Закон о облигационим односима Републике Црне Горе

ЗОО БИХ - Закон о облигационим односима Федерације Босне и Херцеговине

ЗОО РС – Закон о облигационим односима Републике Српске

ЗСП - Закон о стварним правима Републике Српске

ЗООМ - Закон за облигационите односи на Република Македонија

ЗССП - Закон за сопственост и други стварни права на Република Македонија

Нацрти закона и модел-закона:

Нацрт ГЗС - Нацрт Грађанског законика Републике Србије

Нацрт из 2006. - Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006.

Нацрт из 2011. - Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011.

ДЦФР - Нацрт Заједничког референтног оквира - Draft Common Frame of Reference (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law)

Прописи који су се некада примењивали на територији Републике Србије:

ОАГЗ - Општи Аустријски грађански законик из 1811.

СГЗ - Грађански законик за Краљевину Србију из 1844.

ОИЗ - Општи имовински законик за Црну Гору из 1888.

ТЗКС - Трговачки законик за Књажевство Србију из 1860.

ТЗКЈ - Трговачки закон за Краљевину Југославију из 1937.

УВОД

Упркос чињеници да ретенција постоји веома дуго у правним системима већине земаља у свету, може се рећи да не постоји сегмент овог института који у теорији и пракси није споран. Мало је института који су у тој мери оптерећени питањима, нејасноћама и контраверзама, па не чуди недоследност судске праксе у њеној примени и „крутост“ правне теорије при одређивању домаћаја ретенције.¹ Правни писци појединих европских земаља врло експресивно² изражавају потешкоће на које наилазе у проучавању ретенције на националном нивоу и у компаративним анализама.³ Део доктрине упозорава на „некохерентност правила у материји ретенције“⁴; други истичу да „тек треба изградити теорију права задржања“;⁵ док трећи закључују да су „ефекти који су признати ретенцији контрадикторни, као и само право“.⁶

Ипак, упркос тешкоћама, утврђивање сврхе ретенције, чини се, данас више него икада, представља кључан елемент при тражењу одговора на питање: шта је ретенција и које је њено оправдање у савременим условима. Циљ ретенције диктира правну нужност њеног постојања, али уједно и одређује границе њене примене, измирујући тако базична начела грађанског права, која се са ретенцијом неминовно „сударају“. Правна конструкција, у којој се, поједностављено речено: без одобрења сме задржати ствар (или евентуално чинидба), као део туђе имовинске сфере, а у циљу заштите сопствене, значи одступање од бројних постулата грађанског права, што захтева објашњење и анализу разлога због којих је законодавци највећег броја држава

¹ Речима једног италијанског аутора: „Ништа није без несклада у литератури и у судској пракси у вези са правом ретенције; почев од појма, па по свим капиталним тачкама института, попут основа, граница, услова постојања, природе, ефеката, па до начина гашења“. Ramponi, Firenze, 1897, p. 5. *Cit. to:* E. Nardi, Ritenzione e Pegno Gordiano, Milano, Giuffrè, 1939., стр. 1.

² Поједини аутори сликовито исказују резигнираност због немогућности недвосмисленог објашњења ретенције, па осуђују на пропаст покушаје научног образложења ретенције називајући их „генијалним, али лошим покушајима у лавиринту одвојивог и неодвојивог“, при чему је правна наука „брод који безуспешно тражи обале; море, где сонда не додирује дно које се не може измерити, океан, кога ниједна снага ума не може докучити у његовој неизмерности.“ Видети: Giorgio, Теорија облигација у modernom италијанском праву, II, Firenze, 1876., стр. 380, 449.

³ Нека од доктринарних одређења су следећа: „Тешко је исказати необичну горчину материје ретенције“ (E. Nardi, *op. cit.*, стр. 1 и даље); „Право задржавања је увек терен пун потешкоћа“ (Ricca, Barberis, Torino, 1914., стр. 243); „Непознанице, несигурност, озбиљне научне и практичне тешкоће тичу се материје права задржавања“ (Guaracino, Napulj, 1884, n. 6, стр. 15-16). *Cit. to:* E. Nardi, *op. cit.*, стр. 1-5).

⁴ Videti: Gislain, *Des impenses et du droit de rétencion*, Bruxelles, 1854.

⁵ Pret, Dubois, Le droit de rétencion, n. 198, note 3 (Guaracino). *Cit. to:* E. Nardi, *op. cit.*, стр. 5.

⁶ „...c'est un tissu d'inconséquences“. Laurent, Principes de droit civil français, t. XXIX, 3^e édit., br. 302 (nota Guaracino). *Ibid.*

допуштају. Ради се о заштити права у једном дужничко-поверилачком односу и својеврсном „мешању“ законодавца у однос *inter partes*, кроз давање могућности повериоцу и за успостављање једног стварноправног односа са дужником, чија је примарна сврха обезбеђење потраживања.

Основним питањем у истраживању ретенције сматрамо утврђивање разлога који су законодавце већине држава мотивисали да одступе од два базична начела грађанског права, а то су: начело аутономије воље субјеката и судске заштите права. Општи друштвени интереси, оличени у начелима савесности и поштења, правичности, заштите поверења у несметано одвијање правног промета и еквиваленције узајамних давања, компатибилни су са појединачним интересима повериоца – ретинента. Насупрот томе, начело правне сигурности, аутономија воље, једнакост странака у грађанском праву, равноправност и координација воља и судске заштите права подударају се са појединачним интересом дужника, противника ретенције. Дати превагу неком од супротстављених интереса није једноставно, а важност ове проблематике захтева свеобухватно истраживање и правнотеоријску обраду, током које ће коначно бити могуће одговорити на постављено питање.

Применом историјског, позитивноправног, упоредноправног, социолошког и аксиолошког метода у анализи некадашњих и позитивних законских решења, доктрине и судске праксе у 11 европских држава, укључујући и домаћу; прегледом решења појединих регулатива англосаксонске правне традиције; као и текста два нацрта, који претендују да постану будуће право Републике Србије, покушаћемо да у раду одговоримо на следећа питања: Да ли постоји потреба за ретенцијом у савременом праву и са којом аргументацијом? Са којим оправдањем; под каквим условима и са каквим дејством поверилац неизмиреног потраживања сме да задржи дужникову⁷ ствар и то против његове воље, у циљу обезбеђења свог потраживања? Да ли ретенцијом треба задирати у дужникову имовинску сферу искључиво вршењем притиска на дужника или ретиненту треба признати и право на намирење из вредности задржане ствари? Каква је правна природа и које је адекватно место за ретенцију међу другим институтима домаћег правног система? Да ли постоји потреба за разликовањем услова за ретенцију грађанског и трговачког права, с обзиром на особености ове две врсте правног промета?

⁷ Већински прихваћено решење у позитивном упоредном праву је ретенција ствари, која је у својини дужника, мада је у појединим државама дозвољена и ретенција ствари у власништву трећег лица (у швајцарском праву), односно ретенција сопствене ствари (у немачком праву).

Коначан циљ нашег истраживања је формулисање предлога модела регулативе ретенције у будућем праву Србије, који би најадекватније могао да одговори потребама домаћег правног промета, али да испуњава и много других захтева: да буде усклађен са домаћом традицијом; доминантном регулативом ретенције у европскоконтиненталном праву; а хармонизован са правним тековинама Европске уније,⁸ оличеним у *Заједничком референтном оквиру за европско приватно право* из 2008.⁹ године, који садржи дефиниције, принципе и модел - правила будућег европског приватног права.¹⁰ Упоредна анализа је утолико значајнија због паралелно трајућег процеса кодификације грађанског права Србије.¹¹

Очекивани резултати овог истраживања су вишеструки: 1) оцена целисходности постојања института ретенције и у будућем српском праву; 2) одређење правне природе ретенције и проналажење адекватног места међу другим институтима домаћег правног система; и 3) утврђивање услова под којима треба дозволити заснивање и вршење ретенције у домаћем праву *de lege ferenda*, а имајући у виду и решење DCFR-а.

⁸ Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ, Република Србија је, између осталог, преузела и обавезу да своје национално право (позитивно и будуће) хармонизује са правним тековинама Европске Уније (тзв. „аки“-јем). Обавеза усклађивања домаћег права са комунитарним, као правна димензија придруживања, односи се на све правне области, а у циљу успостављања и функционисања унутрашњег тржишта. Видети: чл. 72, ст. 1 Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП). Интернет адреса:

http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf.

Хармонизација прописа у области грађанског и других имовинских права, одвија се углавном у сфери *Soft law*-а („меко“ права), које обухвата различите правно необавезујуће акте као што су: стратегије, мишљења, препоруке, смернице, декларације органа ЕУ итд. Стварноправна правила ЕУ засад имају форму нацрта и представљају модел са којим државе чланице с временом треба да усклађују своја национална решења. У „меко“ право спадају Нацрти модел-правила, од којих је један нарочито важан за стварно право (и за грађанско право), а то је *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* из 2008., јер представља основ за планирани настанак Европског грађанског законика. У даљем тексту: ДЦФР.

⁹ *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. О мотивима креирања овог документа, дефиницијама појмова и објашњењима видети детаљно: Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE), С., von Bar. Доступно на интернет адреси:

http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf.

¹⁰ W. Faber, Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to BOOK IX, DCFR, *Juridica International, Law Review*, 2014, No. 2, стр. 27-36; W., Faber, B., Lurger, National reports on the Transfer of Movables in Europe, 2011.

Интернет адреса: <http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/333729579.pdf>. J. M., Smits, Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, стр. 145 - 148., 2008. Доступно на интернет адреси: <http://ssrn.com/abstract=1117248>, стр. 145. О циљевима ДЦФР-а и планираног ЦФР-а, као и о садржини структуре, и оцени досадашњег успеха специјализованих стручних тимова видети: S. Petrić, *Naцrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno право*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 30, br. 1, 2009., стр. 473-513.

¹¹ Нацрт Грађанског законика Републике Србије, доступан на интернет адреси: <http://www.propisi.com/prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html>. У даљем тексту: Нацрт ГЗС.

ГЛАВА I

НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА РАЗЛИЧИТИХ ДРЖАВА

Предмет прве главе рада представља порекло и генеза права задржавања, почев од изворне, архаичне форме, па до његових развијенијих облика. Стога ће предмет наше анализе најпре бити нешто што бисмо само условно могли назвати - ретенција римског права, као још неуобличени правни институт, који фигурира тек на нивоу спорадичног облигационог приговора.¹² Након упознавања са «коренима» ретенције у римском праву, у овом делу рада ће биће излаган и даљи развој ретенције у упоредном европском праву. Коначно, нагласак ће бити на генези ретенције у домаћем праву, са посебним освртом на некадашње право Србије, олично предратним грађанским и трговачким прописима Краљевине Југославије.

Историјскоправну анализу, утемељену превасходно на истраживањима романиста и касније доктрине, сматрамо незаобилазном за разумевање разлога настанка, сврхе и уобличавања овог института кроз епохе и у складу са тим, измену обима и квалитета његовог дозвољеног вршења. Разумевање права ретенције некада, важно је за схватање шта је *ratio legis* ретенције данас, али и више од тога: може нам помоћи у откривању правог смисла појединих позитивноправних решења и међуутицаја између различитих система. Због свега наведеног, историјски приказ развоја права ретенције сматрамо вишеструко корисним, па ће му у складу са тим и бити посвећена пажња у овом истраживању.¹³

¹² Правни писци су сложни у оцени да право ретенције као засебан институт није постојало у овом систему, већ је примењивано само изузетно. По узору на римску традицију, ретенција ни данас у појединим законодавствима није регулисана као особени институт, већ као средство за посредно исправљање нарушене правичности у узајамним односима правних субјеката, што је уосталом и праизвор овог института – *aequitas*.

¹³ Историјат права ретенције, као тема је исцрпно обрађиван од стране бројних страних аутора. Видети: G., C., Meusell, De iure retentionis, Wittigau, 1672; Heisler, P. I., Intelmann, B., De iure retentionis, Kittler, 1751; S., Wiemann, De eo quod justum est circa ius retentionis, Erfordia, Hering, 1737; Strauchio, J., Mülpfort, Ius retentionis, Jen, 1668; A., Bailly, Du droit de rétention a Rome et en France, Paris, 1892, p. 19; R., Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, CP, Oxford, 1996; A., Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Bonn, 1904; F., Semiani – Bignardi, Ritenzione o no, Rivista di diritto processuale, 1962; M., Volmer, Unterschied des

ОДЕЉАК 1

НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У РИМСКОМ ПРАВУ

I Појам и значење *ius retentionis* у римском праву

У старијој правној теорији наводи се да је ретенција (*ius retentionis*) у римском праву означавала право тужиоцевог повериоца (ретинента) да одбије повраћај ствари коју држи, све до намирења свог потраживања према тужиоцу.¹⁴ Термини којима се најчешће означава ово право су различити: *retentio*, *retinere* и *ius retinendi*, а етимолошки потичу од латинског израза *rem tenere* у значењу: држати ствар. У правној литератури се срећу и други називи попут: *deductio*, затим *doli mali exceptio*, *detentio* и *pensatio*.¹⁵ Међутим, чињеница је да се ови термини као називи института ретенције по правилу не налазе у римским законским текстовима. У старијој домаћој литератури се истиче да не постоји ни једно поглавље *Corpus iuris romani* у коме би се расправљало о праву ретенције самостално, а нарочито не у обиму који сходно важној улози у тадашњој пракси завређује.¹⁶ Реч је о правилима која је створила и даље развијала римска пракса, док систем *ius retentionis-a* представља тек накнадну творевину доктрине, која је настојала да ова правила правно уобличи и систематизује.

У једном су ипак, сви аутори сагласни, а то је идеја из које је поникла ретенција: правичност (*aequitas*), као њен праизвор и *ratio legis*. На основу ње је, рекли бисмо, изграђен *скуп (али не и систем) казуистички признатих изузетака* на основу којих није могао бити изграђен ни институт као целина, а поготово не општа теорија ретенције.¹⁷ Ипак, важност римског решења је у чињеници да је овај правни систем први поставио обресе будућег института који и данас, у неупоредиво развијенијој форми, постоји у готово свим регулативама и који, упркос бројним трансформацијама у својој еволуцији и даље почива на истим базичним начелима.

kaufmännische Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes, Inaugural-Dissertation, Berlin, 1895; O., Brander, Das Retentionsrecht, Zürich, 1933; F., Korn, Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelgesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Tübingen, 1881; A., Coppel, Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ R., Nicolas, Du droit de rétention a Rome et en France, Caen, 1871., стр. 14; R., Lorenc, *Pravo zadržanja u rimskom pravu*, Glasnik advokatske komore u A.P. Vojvodini, br. 8/1965, стр. 2.

¹⁶ S., Branković, *Pravo retencije*, Pravosuđe – časopis za sudsku praksu, 1935., IV god, str. 520.

¹⁷ Тако и: J., Гуцуња, *Услови за вршење права задржавања према закону о облигационим односима*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 9-10/ 1979, стр. 17. Ово и не чуди с обзиром на општепознату чињеницу да римски правници никада нису претендовали на теоријска објашњења, већ прагматично трагали за функционалним решењима у пракси.

II Појава ретенције у римском праву

Ретенција (*ius retentionis*), као правна појава, датира из периода касне републике,¹⁸ доба које је симболизовало почетак еволуције римског права. Развој се одвијао у смеру ослобађања од формализованих, стриктних, застарелих правила цивилног права, а средство за ову трансформацију представљало је тумачење, а постепено и стварање нових, еластичнијих и ефикаснијих правила од стране претора, као и курулских едила.¹⁹ Романисти²⁰ се слажу у оцени да римско право није креирало општа правила овог института, нити прецизирало услове за настанак ретенције, одредило дејство, нити квалификовало њену правну природу. Ипак, захваљујући појединим научним радовима на ову тему, а у контексту општег развоја римског права, можемо посредно доћи до сазнања о настанку и еволуцији ретенције код Римљана.

Упркос системској неуобличености, важност *ius retentionis* у римском праву потврђује чињеница да је овај институт настао као одговор праксе на неправична решења која су произлазила из стриктне примене *ius civile*. Реч је о ситуацији у којој је лице које држи туђу ствар и које је имало трошкове око исте, а којима је побољшало ствар (поверилац), морало ствар да врати власнику који је виндицира, без гаранције да ће му дужник те трошкове накнадно измирити. По мишљењу већег броја романиста исход оваквог решења је остављање таквог повериоца без правног средства којим би исходио испуњење обавезе од несавесног дужника²¹. Ова чињеница већину романиста²² наводи на закључак о супсидијарном карактеру ретенције у римском праву. Ипак, постоје и супротна схватања, по којима је ретенција током каснијег развоја римског права еволуирала и конкурисала институту неоснованог обогаћења (без хијерархије у редоследу примене).²³

¹⁸ Ово је начин на који је претор (главни правосудни орган) постао главни стваралац права. Видети: Е., Станковић, С., Владетић, Римско право, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2015, стр. 50.

¹⁹ *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom drugi, Beograd, 1978; R., Lorenc, *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966, str. 10.

²⁰ M., Volmer, *Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes*, 1895, str. 10.

²¹ У датом случају нису били испуњени услови ни за један од инструмената које је познавало римско право, а који би били применљиви за слична чињенична стања, попут: *condictio in debiti*; *actio negotiorum gestorum*; *actio in factum*; *тужба из мандата*. Baudry, Lacantinerie, G., *Précis de droit civil, L' exposé des principes, Les questions de détail et les controverses*, Paris, 1902, стр. 206, 207; M., Planiol, *Traite elementaire de droit civil, Tome Deuxieme*, Paris, 1917, стр. 795.

²² Лоренц, Р., *нав. дело*, стр. 19-21.

²³ Mauger, Ch., *De la nature de droit de retention*, Paris, 1900., стр. 7-8.

Захтев правичности је претору послужио као основ за признавање општег приговора повериоцу (туженом за повраћај ствари), тзв. *exceptio doli generalis*, у функцији својеврсне санкције несавесној страни, која не враћа дуговано, а истовремено покушава да од повериоца виндицира своју ствар. Ретенција је тако представљала једну од конкретизација приговора *exceptio doli*, који се квалификовао као правни инструмент *bonae fidei*, те је овлашћивао претора да води рачуна о доброј вери лица у грађанскоправном односу. Идеја реализације сопственог потраживања, а без испуњења сопствене противчинидбе сматрана је противном *bona fides* и стога, оправдано санкционисана.²⁴

Тиме се формирао начин уношења правичности у грађанскоправне односе, што је довело до постепеног „омекшавања“ *ius strictum*. Екстензивно тумачење прописа из *Digestae* који је регулисао *exceptio doli*, омогућило је претору подвођење ретенције под општи приговор „забране преварног понашања, које никоме не сме да користи“, а које је против „природне правичности, у случају строгог схватања грађанског права“.²⁵ Дакле, иако не можемо рећи да је основ ретенције у римском праву био закон у ужем смислу (*ex lege*), ипак је реч о институту чију примену непосредно дозвољава и штити правни поредак римске државе (претор)²⁶. Прецизније речено, пракса *ius honorarium*²⁷ је с временом потиснула старо *ius civile* и тако постала, између осталог и извор ретенције римског права.

1. Ситуације које се у доктрини сматрају изворним за настанак ретенције

Питање у вези са којим доктрина није усаглашена јесте грађанскоправни (или фактички) однос у чијем је контексту ретенција првобитно настала. Мишљења доктрине, по нашој оцени, могуће је груписати око две идеје, при чему свака има основну варијанту и подваријанту.

²⁴ F., Korn, Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelgesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Tübingen, 1881, стр. 3.

²⁵ „Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit“. (fr. 1, § 1, D. 44, 4). Пун текст Јустинијанових *Digestae* доступан на интернет адреси: https://archive.org/stream/digestofjustinia01monruoft/digestofjustinia01monruoft_djvu.txt.

²⁶ М., Horvat, Римско право, Школска knjiga, Zagreb, стр. 23-25.

²⁷ О., Станојевић, Римско право, Универзитет у српском Сарајеву, Правни факултет, Српско Сарајево, 2003, стр. 48.

1. Према ставу дела теорије,²⁸ ретенција је првобитно настала као средство одбране савесног држаоца од виндикатора, превасходно у циљу заштите савесног градитеља на туђем земљишту. *Подваријанта овог схватања* такође повезује настанак ретенције са подизањем реивиндикационе тужбе против савесног држаоца, али са другачијим образложењем. Наиме, реч је о ставу који је међу романистима најмање заступљен, а по коме је извор ретенције факат „*конфузије, тј. спајање различитих имовинских добара*“: туђе ствари и дела ретинентове имовине.²⁹ С обзиром да виндикатор тражи више од повраћаја своје ствари, предуслов за виндикацију је надокнада вредности дела ретинентове имовине, који је инкорпорисан у тужиочевој ствари. Ретенција се, по овом ставу појавила као својеврсна техника расплета односа насталог мешањем имовинских вредности различитих лица.

2. Према другом ставу³⁰, ретенција је настала у оквиру института залогe (*pignus*)³¹, која је првобитно садржала искључиво овлашћење задржавања заложене ствари, тј. одбијање издавања ствари власнику до намирења обезбеђеног потраживања.³² Еволуција овог института се отад одвијала у смеру осамостаљивања ретенције од залогe, да би коначан епилог значио постојање два посебна института, залогe и ретенције, са особеним механизмом настанка, различитим сферама примене и другим разликама.

Подваријанта схватања да је ретенција настала у оквиру заложног права је идеја да се ретенција испрва надовезивала на већ насталу залогу.³³ Наиме, у случају намирења потраживања због чијег је обезбеђења уговорна залога настала, заложни поверилац има право да заложену ствар *и даље задржава*, односно да тужбу за повраћај ствари сузбије са *exceptio doli*, докле год према дужнику има другу тражбину. Међутим, чини се да су други романисти³⁴ ипак склонили да овакво „задржавање“

²⁸ Collin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, II éd., tome II, Paris, 1920., стр. 782. Аутор овакав став заснива на одредби (§ 30, I, 2, 1).

²⁹ Овакво мишљење заступају два аутора: Prett и Groskopff. Нав. према: Р., Лоренц, *нав. дело.*, стр. 17.

³⁰ А., Bailly, Du droit de rétention a Rome et en France, Paris, 1892, стр. 19.

³¹ Nardi, E., *op. cit.*, стр. 4 и даље.

³² У старијој немачкој доктрини се истиче да је: „римска ручна залога настала из заштићеног права ретенције“. М., Volmer, Unterschied des kaufmännische Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes, Inaugural-Dissertation, Berlin, 1895, стр. 24.

³³ Л. Арнтс Ритер од Арнесберга, Пандекте или Данашње римско право, Књ. 3, Облигационо и заложно право (по смрти пишчевој, прерађивали Л. Пфаф и Ф. Хофман; превод Драгиша Т. Мијушковић), Краљевско српска државна штампарија, Београд, 1895, стр. 963.

³⁴ Е. Nardi, *op. cit.*, стр. 5 и даље. Поменути аутор тако закључује да: „где се говори о залози, ту никада нема места ретенцији, јер увек када је ствар дата уз гаранцију да буде задржана, то ће увек бити залога, а не једноставна ретенција“, што нам се чини адекватним закључком.

ствари подведу под особени институт римског права, тзв. *pignus gordianum*, тј. „краљевску залогу“, као особену врсту заложног права, а не класичну ретенцију.

III Услови за настанак ретенције у римском праву

Питање претпоставки неопходних за заснивање ретенције у римском праву представља тачку размимоилажења схватања романиста. Анализирајући ову проблематику, неки аутори³⁵ су класификацију услова, чије је кумулативно испуњење било неопходно за заснивање ретенције у римском праву, редуковали на свега три услова: 1) предмет ретенције; 2) потраживање које се обезбеђује ретенцијом и 3) услов конекситета (везе) између предмета ретенције и обезбеђеног потраживања. Ипак, овакво издвајање услова неопходних за настанак ретенције, чини нам се недовољно диференцираним, с обзиром на неке друге елементе који су такође услов *sine qua non* заснивања, а који овако „грубом“ поделом бивају неоправдано изостављени. Анализом случајева у којима је претор признавао ретенцију повериоцу, можемо закључити да су неопходни услови, који у израженом схватању изостају још и: услов поседа ствари; као и конкретни квалитети обезбеђеног потраживања.

Други аутори³⁶ издвајају три, али другачија услова и то: 1) правни основ; 2) посед; и 3) тражбину. Овај став наглашава нужност постојања фактичке власти обезбеђеног повериоца на ствари (за разлику од претходног), али му је недостатак што занемарује услов конекситета, који је по претежном схватању романиста такође био неопходан предуслов настанка *ius retentionis*.

Коначно, у литератури се може наићи и на став да ретенција у римском праву настаје *ipso iure*, тј. по сили закона.³⁷ Оваква формулација би значила да у случају кумулативног испуњења законских услова ретенција настаје аутоматски, што је једно од могућих тумачења. Међутим, из овога је могуће закључити и да би њена примена - тако схваћена, могла представљати не само право, већ и обавезу за повериоца, коме би ретинирање ствари било наметнуто, чак и против његове воље и упркос одсуству субјективног интереса у конкретном случају.³⁸ А ретенција у римском праву

³⁵ R., Lorenc, *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966, стр. 11-15.

³⁶ Видети: С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 520.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Једино адекватно би било, по нашем мишљењу, констатовати да, посматрано из угла противника ретенције, *правна могућност за вршење ретенције настаје ipso iure* у корист ретинента, а против воље дужника, за чије се остварење подразумева и позитивна изјава воље повериоца за ретинирањем. Дакле, поред објективних елемената предвиђених *ius honorarium-om*; чини се да постоји и један допунски -

представља тек специфично овлашћење (правну могућност) за заинтересованог повериоца, не и обавезу. Тако је могуће оценити да је евентуално потребан и допунски елемент за настанак ретенције римског права - адекватна изјава воље повериоца, тзв. *animus retinendi*.

Коначно, на основу претходно наведеног прегледа спорадично признатих случајева ретенције у римским текстовима и на основу увида у схватања романиста, у услове за настанак ретенције римског права можемо уврстити све оне који су одређени као нужни и који тек кумулативно испуњени доводе до настанка права ретенције, а то су: 1) потраживање одређених квалитета; 2) адекватан предмет ретенције; 3) фактичка власт на ствари (државина, односно детенција ствари); и 4) конекситет између задржане ствари и обезбеђеног потраживања.

1. Потраживање које се обезбеђује ретенцијом

У циљу боље прегледности, овај услов за заснивање ретенције можемо разложити на неколико различитих ужих услова у вези са обезбеђеним потраживањем, а то су: 1) пуноважност; 2) доспелост; и 3) узајамност потраживања.

1. Постојање пуноважног потраживања. Интересантно је једно од тумачења у литератури³⁹ да између ретинента и противника ретенције (власника задржане ствари) у римском праву није морала да постоји правна веза (*vinculum iuris*), већ је сматран довољним фактички однос између ова два лица. Контрадикторност оваквог резонавања огледа се у чињеници да се сматра да „потраживање не мора да постоји“, ⁴⁰ а да се истовремено признаје ретенција држаоцу управо због његовог потраживања. С обзиром да приговор ретенције и настаје кроз преторску праксу као одговор на потребу *заштите ненамиреног потраживања*, а у функцији корекције несавесног понашања дужника, чини нам се правно неодрживим признање једног очигледно акцесорног права (ретенције), без главног чијем обезбеђењу служи (потраживања).

На овај парадокс је већ указивано у правној теорији, те је одговор нађен у чињеници паралелног постојања више различитих система правила у римском праву. Наиме, потраживање не мора постојати по систему *ius civile*, али мора постојати по правилима *ius honorarium*. Сврха дозвољавања ретенције у ситуацији недостатка

вољни елемент, а то је: једнострана изјава воље повериоца, као последњи услов *sine qua non* за реализацију ретенције римског права.

³⁹ Mauger, Ch., De la nature de droit de retention, Paris, 1900, стр. 15.

⁴⁰ *Ibid.*

„правне јункције“ мимо правила стриктног права, имала је за циљ спречавање неоснованог обogaћења власника у одређеним околностима, позивањем на начело правичности.⁴¹ Очигледно је реч о специфичности римског правног система који је поред базичног права, *ius civile*, био мењан, допуњаван, коригован паралелним системом правила *ius honorarium*, како се наводи у *Digestama*.⁴² Преторско право (*ius praetorium, ius aedilium*) представља најзначајнији део *ius honorarium*, као савршенијег и савременијег права у односу на ригидно и превазиђено *ius civile*.⁴³ Отуд је предвиђеност заштите потраживања правилима *ius honorariuma*, по већинском мишљењу романиста, довољна за заснивање ретенције, као преторовог „коректива неправичности“ стриктног права. Отуд можемо закључити да је потраживање, као право које треба обезбедити ретенцијом, ипак морало да постоји, те да је ово први у низу услова који морају бити кумулативно испуњени за заснивање ретенције и у римском, као и у савременом праву.

2. *Доспелост потраживања.* Док је у модерном праву неспорно да је доспелост потраживања неопходан општи услов за настанак ретенције, романисти се по правилу не баве овим питањем. То може да значи да: а) доспелост потраживања у римском праву уопште није била услов за заснивање ретенције или пак, б) да јесте, али се то подразумева, па се тумачи римских извора тим питањем не баве, сматрајући га неспорним. Ипак, сматрамо да је одсуство изричито прописаног услова доспелости обезбеђеног потраживања недостатак римског концепта ретенције, који није усклађен са основним циљем настанка ретенције, а то је - *aequitas* (правичност) у узајамним односима грађанскоправних субјеката. Наиме, правично је повериоцу доспелог ненамиреног потраживања дати средство којим ће успешно одложити испуњење доспеле противчинидбе (предаје ствари) и обрнуто: неправично је повериоцу недоспелог потраживања дати предност омогућавањем задржавања дужникове ствари, коју би иначе морао да врати виндикатору.

3. *Узајамност потраживања.* Узајамност потраживања односи се на истоветност лица која се налазе у дужничко-поверилачком односу: ретинент (прецизније речено ексципант⁴⁴) задржаване ствари мора бити уједно и поверилац обезбеђеног потраживања и дужник предаје ретиниране ствари; и обрнуто, противник

⁴¹ R., Lorenc, *Pravo zadržanja u rimskom pravu*, Glasnik advokatske komore u A.P. Vojvodini, br. 8/1965, стр. 3. „*Adiuvandi vel supplendi vel corrigenda gratia*“ (D, 1, 1, 7, 1).

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Pravna enciklopedija* 1, Beograd, 1985, стр. 526.

⁴⁴ Ексципантом - романисти називају лице овлашћено да уложи екцепцију, тј. приговор *exceptio doli*.

ретенције мора истовремено бити поверилац предаје задржане ствари и дужник ретенцијом обезбеђене чинидбе. С обзиром да римско право познаје само задржавање дужникове ствари (не и своје, односно ствари у својини трећег лица⁴⁵), овај услов је неспоран и логичан.⁴⁶

Свим средствима обезбеђења потраживања у римском праву, па и ретенцији, заједнички извор је правичност, а сврха је остваривана посредством *exceptio doli*.⁴⁷ Водећа идеја је да обе стране једна другој нешто дугују, односно једна од друге нешто потражују, што и овлашћује савесну страну (ретинента) да одложи своју престацију до момента извршења противчинидбе. Узајамност обавеза чини овакву реакцију „људском, разумљивом и оправданом“, услед губитка поверења у лице које захтева од другог нешто што само није спремно заузврат да учини.⁴⁸

2. Предмет ретенције

Правна теорија се није подробније бавила предметом ретенције, као елементом неопходним за настанак овог института у римском праву. У том смислу се поједини аутори⁴⁹ чак задовољавају оценом да је: „предмет ретенције могла бити свака ствар“.

Језичка конструкција *rem tenere*, у значењу „задржавање ствари“, нас упућује на закључак да је предмет ретенције у римском праву заиста била *stvar (res)*. Иако римско право није дефинисало ствар, међу романистима је неспорно да се овај термин користио првенствено за материјалне ствари (предмете), али и за робове⁵⁰. Проблем је у томе што се касније под њим подразумевају и бестелесне ствари (*res incorporales*), као што су: права и људске радње, заправо све оно што може бити предмет правних односа и део нечије имовине.⁵¹ Тиме се отвара питање: да ли је ретенција римског права евентуално познавала и ретенцију чинидбе?⁵²

⁴⁵ У појединим савременим правима могуће је и задржавање своје ствари, односно чинидбе, као и ствари у својини трећег лица, што ће бити наш предмет интересовања у делу рада о дејству ретенције.

⁴⁶ Свака страна овде истовремено и дугује и потражује, те реципроцитет у очекиваној чинидби и противчинидби између истих лица и повезује ретенцију римског права са сродним институтима, попут приговора *exceptio non adimpleti contractus* и приговора компензације.

⁴⁷ М., Хорват, Римско право, Загреб, 1958.

⁴⁸ Z., Stipković, *Pravo retencije i neki slični instituti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br. 3/1972, стр. 285.

⁴⁹ Р., Лоренц, *op. cit.*, стр. 12.

⁵⁰ D. 13, 7. Тако и: Р., Лоренц, *Право задржања у римском праву*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 8/1965., стр. 3.

⁵¹ *Gai. Ins.*, II, 12-14. Као најшире значење појма ствар у римском праву у доктрини се наводи: „оно што се односи на материјалне и интелектуалне појаве“; као нешто уже значење наводи се: „оно што може бити предмет правних односа уопште“; а као најуже: „оно што представља објекат имовинских права“.

До одговора на ово питање се ипак може доћи посредно, захваљујући једном другом елементу неопходном за настанак ретенције, а то је државина ретинираног предмета. Према римским текстовима ретинент мора држати предмет ретенције,⁵³ а будући да је римско право дуго познавало само државину ствари, не и државину права⁵⁴, у доктрини се закључује да је предмет ретенције првобитно могла бити само ствар као материјални део природе, телесна ствар (*res corporales*); и то: како покретна, тако и непокретна⁵⁵, док се могућност ретенције плодова задржаване ствари у литератури сматра спорном.⁵⁶

3. Државина ствари

Услов државине неминовно произлази из схватања о ретенцији као *овлашћењу* утемељеном на непосредној фактичкој „власти“ на ствари⁵⁷, што имплицира могућност предузимања апрехензионих радњи на ствари, па и могућност њеног задржавања, тј. одбијања издавања власнику.⁵⁸ Посед ствари се у римском праву схватао као неопходан услов за настанак и опстанак ретенције, чији је губитак неминовно значио и престанак права задржавања, о чему непосредно сведоче римски извори.⁵⁹

Према субјективној концепцији државине, карактеристичној за римско право, држалац ствар мора да поседује као власник, не признајући туђу „вишу“ власт на ствари, имајући вољу особеног квалитета, тзв. *animus rem sibi habendi*.⁶⁰ Међутим, признавање права ретенције само таквим лицима, редуковало би примену овог института на неосновано мали број лица, што није у складу са његовом сврхом. Отуда,

Видети: И., Пухан, М., Поленак-Акимовска, Римско право, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан први“ – Скопје, 2008, стр. 139.

⁵² Ретенција чинидбе је дозвољена у савременом немачком праву. О томе више у делу рада о предмету ретенције у позитивном упоредном праву.

⁵³ „...si in possessione constituto aedificatore“ § 30, I, 2, 1.

⁵⁴ Државина права, тј. *quasipossessio* је касније призната у римском праву у случају када неко лице врши неко право и показује вољу да се њиме служи у сопственом интересу. D. 41, 3, 4, 26; Gai Inst. IV, 139.

⁵⁵ Више о јавним евиденцијама на непокретностима у римском праву: Ј., Вукотић, Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре, докторска дисертација, Београд, 2012, стр. 5-6. У странијој литератури о овоме више код: H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, Leçons de droit civil, tome troisième, 1ère volume, 3 éd., Paris 1960, стр. 539.

⁵⁶ Р., Лоренц, Право задржања у римском праву, стр. 3.

⁵⁷ D. 41, 2, 1, pr.

⁵⁸ „...si in possessione constituto aedificatore...“ (§30, I, 2, 1).

⁵⁹ “По оном основу по коме имамо право да задржимо ствар, не можемо је тужбом тражити, нити је можемо тражити натраг, ако смо је предали.“ (Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus repetere non possumus. Pomponius – D. 12, 6, 51).

⁶⁰ Круг лица која имају *animus* наведеног квалитета су само: власник ствари, савесни купац ствари који не зна да је ствар туђа и лопов.

романисти⁶¹ оправдано оцењују да је довољан услов за вршење ретенције у римском праву била детенција (*detentio*)⁶², као вршење фактичке власти за другог и то најчешће од стране закупца, плододиваоца, оставопримца, послугопримца и сл. Сматрамо да у прилог овом ставу иде и чињеница да је један од претходно поменутих синонима за ретенцију римског права и термин *detentio*. Тиме се круг лица овлашћених на неиздавање ствари оправдано проширује, чиме се постижу жељени ефекти обезбеђења поверилаца.

4. Конекситет између предмета ретенције и обезбеђеног потраживања

Четврти (и уједно најспорнији) услов за заснивање ретенције, не само у римском, већ и у савременом праву је питање потребе за постојањем конекситета, тј. везом између предмета који се задржава и потраживања, које се штити ретенцијом. Мишљења романиста о овом питању се толико разликују да на једном полу постоји став о нужности постојања уско схваћеног правног конекситета, до сасвим супротног становишта које апсолутно негира потребу за конекситетом код ретенције у римском праву⁶³. С обзиром на недовољну утемељеност последњег, оправдано преовладавају схватања *о конекситету као обавезном услову ретенције у римском праву*.

Већина романиста као предуслов ретенције, подразумева постојање везе између задржаног предмета и потраживања, тј. ретенцију сматра дозвољеном само у случају конексних тражбина⁶⁴. Ипак, *квалитет и основ те везе*, која мора да постоји између задржане ствари и обезбеђеног потраживања, различито тумаче. Применом наведеног критеријума можемо разликовати две групе ставова, који се, групишу око услова материјалног, односно правног конекситета као услова ретенције.

1. *Схватање о материјалном конекситету као услову ретенције у римском праву*. Идеја о неопходности постојања материјалне везе између предмета ретенције и

⁶¹ А., Bailly, *op. cit.*, стр. 20.

⁶² *Ibid.* Аутор истиче да је за вршење ретенције довољна „проста, материјална детенција ствари“ (*nuda sine animo corporis detentio*, тј. обична *naturalis possessio*).

⁶³ Е., Cabry, *Du droit de rétention*, Paris, 1860, стр. 11. Овај аутор сматра правичност јединим мерилем за заснивање ретенције у римском праву. Тако, он оцењује као могућ настанак ретенције и без постојања конекситета (на основу правичности), али и обрнуто: претор је могао одбити ретенцију као неправичну, чак и упркос постојању конекситета у конкретном случају, а у ситуацији да процени постојање *dolusa* повериоца. Оваква тврдња нам се ипак чини прешироком и неприхватљивом. У том случају не би ни било потребе за диференцирањем и даљим развојем ретенције као посебног средства у оквиру института *exceptio doli* у римском праву, већ би применом најопштијег начела правичности (*aequitas*) „*ad hoc*“ био решаван сваки споран случај у пракси. Еволуција ретенције нам, ипак, указује на супротно.

⁶⁴ Наведено према: Planiol, Ripert, Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1949, стр. 984; Colin, Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, II, Paris, 1935, стр. 859.

потраживања које се њоме обезбеђује најчешће се у старијој доктрини означавала формулацијом „*debitum cum re junctum*“.⁶⁵ Ова врста конекситета означава право ретенције управо оне ствари у вези са којом је потраживање и настало, на неки од следећих начина: услед трошкова насталих око чувања ствари; услед штете која потиче од задржане ствари; или услед извесних улагања у ствар, којима је повећана њена вредност. Идеја је следећа: део ретинентове имовине је „утеловљен“ у ствари дужника⁶⁶, што оправдава њено задржавање, све до надокнаде вредности уложеног - трошкова око ствари⁶⁷. Ретенција у овом случају представља једну логичност, готово неопходност и чини нам се да нема сумње у легитимност њене примене, као природни наставак идеје забране неоснованог обогаћења.

2. *Схватање о правном конекситету као услови sine qua non ретенције у римском праву.* Поједини правни писци ретенцију римског права сматрају могућом тек у случају постојања конексних тражбина повериоца и дужника. Идеју да предаја задржане ствари и ретенцијом обезбеђено потраживање морају потицати из истог правног односа, поједини аутори⁶⁸ исказују тек посредно, говорећи о „задржавању залог“ због других ненамирених тражбина, као облика ретенције код ког правни конекситет *изузетно изостаје*. Па пошто ову ситуацију означавају као изузетак од правила, логичким тумачењем можемо закључити да је правило за заснивање ретенције супротно: конекситет јесте нужан услов за настанак ретенције римског права. Другим речима, право задржавања претпоставља тражбину која мора имати везе са тужиочевим потраживањем, тј. оба потраживања морају потицати из истог правног односа.

⁶⁵ А., Bailly, *op. cit.*, стр. 36.

⁶⁶ У старијој литератури ова ситуација се назива „конфузијом добара“. Чак је извесни аутори квалификују као „спајање, тј. смешу“ различитих ствари, занемарујући притом чињеницу да овде није реч о спајању покретних ствари, већ телесне ствари једног и имовине другог лица. Видети: А., Bailly, *op. cit.*, стр. 29.

⁶⁷ У питању је потраживање које се могло односити на три врсте трошкова држаоца, за које је у теорији неспорно следеће: савесни држалац је имао право на ретенцију у циљу обезбеђења нужних и корисних трошкова око ствари, док је од луксузних имао право на *ius tollendi*. Са друге стране, у доктрини се сматра спорним питањем: да ли је и несавесни држалац имао право да ретинира ствар услед учињених корисних трошкова, па чак и поводом нужних (с обзиром на своју несавесност), док му се право на *ius tollendi* не оспорава. Ово питање чини нам се нарочито интересантним имајући у виду сврху ретенције као коректива неправичности и несавесности противника ретенције, будући да у рукама несавесног ретинента она постаје средство којим се заштићује управо несавесна страна. Ипак, њено оправдање у тој ситуацији правни писци виде у превенцији неоснованог обогаћења противника ретенције, што је такође подједнако неправично.

⁶⁸ Л. Арнтс Ритер од Арнесберга, *op. cit.*, стр. 963.

Коначно, постоји и усамљено схватање⁶⁹ о неопходности кумулативног постојања материјалног и правног конекситета, као услова настанка ретенције. Овакав захтев чини нам се неуобичајено строгим, јер редукује примену ретенције на мали број случајева, па не чуди чињеница да није шире прихваћен у доктрини.

IV Правно дејство ретенције у римском праву

Правно дејство и правна природа ретенције су два тесно повезана питања од којих једно одређује друго, а притом су оба спорна. Питање је онда од ког елемента почети анализу? Нама се чини да логика института налаже примарно испитивање правног дејства ретенције,⁷⁰ да бисмо потом могли да квалификујемо њену правну природу. О тешкоћама разграничења ова два питања сведочи и чињеница да поједини аутори⁷¹ истражујући ову тему, у оквиру одељка о правном дејству ретенције у римском праву, расправљају уједно и о њеној правној природи.

Чини се да је проблем у томе што ретенција (као и заложно право) има специфично, сложено правно дејство, које отежава њено сврставање у групу апсолутних или релативних права. Стога ћемо се најпре осврнути на садржину и дејство ретенције у односу на власника задржане ствари; потом и на трећа лица – што сматрамо централним и претходним правним питањем за одређивање њене правне природе.

А. Садржина и правно дејство ретенције према власнику задржане ствари. Основна овлашћења ретинента у римском праву су: 1) задржавање ствари (као позитивно овлашћење)⁷²; 3) одбијање издавања ствари на захтев власника – дужника (као негативно овлашћење). Право на ретинирање ствари постоји све до момента исплате потраживања, када право на задржавање престаје и ретинент мора ствар да врати власнику. Међутим, суштинска разлика у дејству ретенције у римском праву у односу на доминантну концепцију у савременом упоредном праву јесте *одсуство права намирења* из вредности задржане ствари. Стога, иако слична заложном праву,

⁶⁹ То значи следеће: да је обезбеђено потраживање настало у вези са задржаном ствари; да потиче из истог правног односа; али и да мора бити реч о истом синалгаматичком уговору, као извору потраживања. Mauger, Ch., *De la nature de droit de retention*, Paris, 1900, стр. 25.

⁷⁰ Правно дејство је *inter partes* или *erga omnes*.

⁷¹ Лоренц, Р., *нав. дело*, стр. 15-16.

⁷² Државина ствари (односно детенција) представља једино позитивно овлашћење ретинента, с обзиром да он нема овлашћење употребе, коришћења, као ни располагања задржаном ствари. У римским изворима се наводи да би супротан чин ретинента представљао *furtum usus*. „*Si pignore creditor utatur, furti tenetur*“. fr. 55, princ. D., 47, 2.

ретенција је од стране романиста интерпретирана као «слабије» право; тзв. *quasi pignus*, који иако има обезбеђујућу функцију, не омогућава намирење потраживања продајом ствари (*ius distrahendi*).

Будући да је ретенција нераскидиво везана за апрехензију ствари, губитак државине, односно детенције ствари неминовно је подразумевао престанак права. Дакле, губитком фактичке власти на ствари престајало је дејство ретенције према дужнику-власнику, што нас наводи на закључак да ретинент није имао *право следовања*, за разлику од заложног повериоца.

Б. Правно дејство ретенције према трећим лицима. Иако поједини аутори,⁷³ који заговарају став о облигационој природи ретенције, негирају дејство ретенције римског права према трећим лицима, нама се таква тврдња не чини адекватном. Дејство ретенције према трећима огледа се најпре у већ наведеној негативној компоненти овог права, која ретинента овлашћује да своје право задржавања, односно неиздавања ствари врши несметано све до намирења свог потраживања, дакле и да *своје право супротстави захтевима извесних трећих лица* - дужникових поверилаца. Управо посед ствари даје публицитет праву ретинента и делује превентивно према трећим лицима са претензијама према ствари⁷⁴. Дејство ретенције *erga omnes*, произлази из чињенице да су трећи, баш као и дужник, обавезни да се уздржавају од повреде права ретинента, тј. обавезни су на нечињење.⁷⁵

На ово својство се, по нашем мишљењу, надовезује и *атипично право првенства* ретинента (иначе, одлика стварних права), а тиче се дејства ретенције према трећима. Међутим, постоје ставови у доктрини по којима ова предност ретинента у намирењу свог потраживања у односу на остале повериоце дужника, не представља право првенства као последицу стварноправног карактера ретенције.⁷⁶ Други аутори овакво виђење оправдавају чињеницом да су: „повериоци само обавезни, као и дужник, да поштују *ius retentionis* и његова правна дејства“⁷⁷. Нама се ипак чини да управо то „поштовање ретенције“ од стране трећих, тј. неузнемиравање ретинента у вршењу свог овлашћења до његовог сопственог намирења није ништа друго до: 1) посредно

⁷³ L., Guillaouard, *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896, стр. 285.

⁷⁴ Е., Станковић, С., Владетић, *нав. дело*, стр. 190.

⁷⁵ Отуд закључак појединих романиста о општој супротстављивости ретенције, тј. о њеном апсолутном дејству и „реалитету“, тј. стварноправном карактеру. Е., Cabrye, *Du droit de rétention*, Paris, 1860. Cit. to: L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 283.

⁷⁶ А., Bailly, *op. cit.*, стр. 61.

⁷⁷ R., Lorenc, *нав. дело*, стр. 16.

признање њеног дејства *erga omnes*; и 2) признање *првенства* ретиненту, што је последица његовог поседовања дужникове ствари.⁷⁸

V Правна природа ретенције у римском праву

Ретенција је право које се у сваком случају односи на ствар,⁷⁹ али за које је још у римском праву било спорно да ли је то: право на ствари (*ius in rem*) или између лица, а поводом ствари (*ius in personam, ad rem*). Заправо, проблем је још комплекснији: да ли је уопште реч о имовинском (стварном или облигационом) праву или само законском овлашћењу? Примарном сматрамо анализу ретенције као приговора (процесног средства), што свакако у римском праву јесте представљала, ка ширем и значајнијем питању: да ли је ретенција у римском праву евентуално представљала и субјективно грађанско право, а потом и које?

1. Схватање о ретенцији као средству за заштиту права

Истражујући ову проблематику неминовно уочавамо једну специфичност римског права која умногоме условљава редослед теза које ћемо у овом делу рада испитивати. Реч је о особености система римског права у коме „тужба ствара право“, тј. *actio* ствара *obligatio*,⁸⁰ за разлику од данашњег права у коме *obligatio* ствара *actio*⁸¹. Реч је о својству „неодвојивости тужбе за заштиту права од самог права“⁸².

Следећи ту логику, закључак би био да је ретенција, будући да није била заштићена ни посебном стварноправном тужбом (*actio in rem*), нити облигационом (*actio in personam*), није ни представљала право, већ само особено средство за заштиту права. Међутим, могуће је овакво виђење оценити и као превише формализовано, те да би прави контекст овог римског схватања могао бити следећи: свако процесно

⁷⁸ Питање *преносивости ретенције*, по нашем мишљењу, такође иде у прилог дејству ретенције према трећим лицима (*erga omnes*). У литератури се ово назива „активним преносом“, који подразумева цесију потраживања и ретенције, уз пренос задржане ствари. Реч је о правилу по коме: споредно право следи правну судбину главног (*accessorium sequitur principale*). Bailly, A., *op. cit.*, стр. 52.

⁷⁹ Покушај да лоцирамо адекватно место ретенције у римском праву требало би почети од Гајеве поделе којим је део римског права „који се односи на ствари“ означен као *ius quod ad res pertinet*. Системом трипартиције (*res, personae, actiones*) је било обухваћено целокупно данашње имовинско право: стварно, облигационо и наследно.

⁸⁰ D. 44, 7, 51.

⁸¹ Другим речима, постојање посебне тужбе представља формални предуслов постојања субјективног грађанског права, те ако не постоји посебна тужба (*actio*) цивилног или преторског права којом би се оно штитило, онда не постоји ни право. Станојевић, О., *op. cit.*, стр. 234.

⁸² Маленица, А., Деретић, Н., Римско право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011, стр. 326.

средство, поред тужбе (дакле и приговор), а које је у функцији заштите права, треба сматрати подобним за конституисање особеног грађанског права⁸³. Приговор (*exceptio*), свакако одговара природи ретенције у римском праву, као средству којим ексципант не одриче право тужиоца из тужбе, већ се само позива на неке друге околности (ненамирено потраживање према виндикатору), због којих ће захтев тужиоца бити привремено одбачен.⁸⁴

Ипак, остаје питање: да ли би ретенцију римског права требало редуковати само на процесно средство, тј. да ли је она евентуално признавана ретиненту и као овлашћење да вансудски одбије издавање ствари власнику?⁸⁵

2. Схватања о ретенцији као овлашћењу или као праву

Анализа различитих појмовних одређења ретенције у римском праву не омогућава нам дефинитивно опредељење за квалификацију: овлашћење или право, јер се оба израза готово подједнако употребљавају од стране романиста. Аргумент који би могао бити истакнут у прилог квалификацији ретенције као *права*, је у литератури истакнута разлика између ретенције (задржања) као *самосталног права*, наспрам задржања ствари (*retentio*), као једног од овлашћења титулара неког ширег права изведеног из својине.

Наиме, под *овлашћењем* задржања се тако подразумева овлашћење заложног повериоца, плодуживаоца, комодатара и др., да се одбрани од виндицирајућег захтева власника ствари током трајања овог права, а у *функцији израза овог ширег права* (заложног права, плодуживања и сл.)⁸⁶. За разлику од таквог задржања које је несамостално, само једно у низу других овлашћења титулара поменутих права, ретенција, тј. *право* задржања у римском праву је, условно речено „*самостално*“. То својство означава да ретенција није саставни део неког другог права, већ је искључиво последица неиспуњеног захтева власника ствари према ретиненту.⁸⁷ Чини нам се да је адекватан аргумент у прилог овој тврдњи чињеница да ретенција римског права има

⁸³ Римско право не разликује појмове „материјално право“ и „процесно право“ у данашњем смислу, већ се питање постојања права своди на питање постојања правног средства за заштиту одређеног интереса. Видети: Маленица, А., Деретић, Н., *нав. дело*, стр. 429.

⁸⁴ Volmer, M., *op. cit.*, стр. 7.

⁸⁵ Ово потенцијално својство наводи нас на следеће питање: да ли је ретенција ипак представљала и нешто више од процесног приговора? Да ли је схватана и као материјалноправни приговор или можда чак и као право?

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

изразито супсидијаран карактер, због чега је њена примена могућа тек у одсуству другог правног средства. То у претходно поменутих ситуацијама није случај, јер постоје посебне тужбе (стварноправне или облигационоправне) којима ће се залогопримац, плодоуживалац и сл. категорије лица заштитити. Са друге стране, ретенција представља *једино и засебно право* које ретенент има, а не само једно од овлашћења у оквиру неког другог, ширег права.

Чини се да се еволуција ретенције римског права одвијала у смеру осамостаљивања овог института, путем њеног материјалног конституисања у виду засебног субјективног права, дакле превазилажењем оквира процесног приговора. Наш став поткрепљује и *Dernburg*,⁸⁸ који назива „актом научног очајања“ закључак да ретенција римског права није самосталан правни појам, већ да се „само фактички и случајно разликује од других примена приговора *exceptio doli*“.

С обзиром да овакво право не можемо садржински идентификовати ни са једним другим правом, нити га можемо тумачити као подврсту неког другог, не можемо ретенцији не признати квалитет особеног права у римском правном систему⁸⁹. Ипак, у делу немачке доктрине се за одређење ретенције римског права користи термин *Verfugnis*⁹⁰, који означава „овлашћење на основу закона“, „правну дозволу за неку чинидбу“, на супрот немачком термину *Recht*, који неспорно означава субјективно право. Спор очигледно постоји, како терминолошки, тако и суштински, што ово питање чини утолико значајнијим за научно истраживање.

3. Схватање о ретенцији као субјективном грађанском праву

Насупрот претходно изложеном формалном проблему у одређивању правне природе ретенције у римском праву, романисти ипак учестало расправљају о ретенцији *као стварном или облигационом праву*. Тиме се она *a priori* декларише као право, упркос непостојања посебне тужбе која би то право „конституисала“. Романисти углавном занемарују овај формални критеријум на коме је дуго почивало римско право, те директно расправљају о правном дејству ретенције према дужнику и према трећима, те кроз тај однос покушавају да дефинишу његову правну природу.

⁸⁸ О ставу *Dernburg*-а видети више код: М., Volmer, *op. cit.*, стр. 13. Поменути аутор истиче да би овај формални захтев, да право мора нужно имати и самостални облик у коме се процесно остварује, условио „отпадање самосталности бројних других института римског права.“

⁸⁹ Тако и: М., Volmer, *op. cit.*, стр. 12-13.

⁹⁰ *Ibid.*

3.1. Схватање ретенције као облигационог права

Прегледом различитих ставова романиста о овом питању можемо закључити да део правне доктрине⁹¹ ретенцију сматра облигационом правом, уз различиту аргументацију. У прилог овој тези у литератури се најчешће наводи следећи аргумент: приговор *exceptio doli* (у оквиру ког је ретенција настала) може се истаћи само дужнику – тужиоцу који поступа преварно (*dolus*)⁹². Пошто је реч о приговору преваре, он се може истаћи само оном лицу које према ретиненту поступа преварно, дакле: власнику ствари који је уједно и ретинентов дужник, односно његовим универзалним сукцесорима (а евентуално и долозним сингуларним сукцесорима).⁹³ Отуда је закључак ових аутора да дејство ретенције према трећима изостаје, те је због тога они квалификују као релативно (облигационо) право.

Међутим, поставља се питање: како објаснити дејство ретенције према обичним (необезбеђеним) повериоцима ретинентовог дужника, ако већ ретенција нема дејство према трећима? Једно, по нашем мишљењу недовољно убедљиво објашњење у теорији је да су необезбеђени повериоци у обавези да „поштују ретенцију, јер не могу имати више овлашћења од самог дужника у улози виндикатора“.⁹⁴ Чини нам се ипак пресудном чињеница да је ретенција најнепосредније везана за ствар, па се реализује негативна компонента стварних права: негативан захтев уперен према трећима да не узнемиравају вршење једног стварног апсолутног права.

Очигледно је да се аргументација облигационоправне природе ретенције у римском праву базира само на концепту релативноправне природе приговора *exceptio doli*, што нам се чини недовољним за извођење таквог закључка, јер се сви остали сегменти ове проблематике занемарују.

⁹¹ Guillaud, L., *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896, p. 285; Bailly, A., *op. cit.*, p. 57; Lorenc, R., *op. cit.*, str. 16.

⁹² Guillaud, L., *op. cit.*, стр. 285.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Bailly, A., *op. cit.*, стр. 62.

3.2. Схватање ретенције као стварног права

Део доктрине,⁹⁵ који заступа став о стварноправној природи ретенције у римском праву, износи нешто више аргумената у прилог својој тврдњи, у односу на претходну групу аутора. Ови аутори најпре одређују природу ретенције као *quasi pignus*, тј. схватају право задржања као врсту заложног права,⁹⁶ позивајући се на пропис из Дигеста, по коме продавац може да задржи ствар као залогу, док му купац не исплати уговорену цену. Па пошто је заложно право део *numerus clausus*⁹⁷ стварних права у римском праву, онда је и ретенција, као његова подврста, по овим схватањима такође реално право (*ius in rem*).

Други аргумент који ова група аутора наводи је дејство ретенције према трећим лицима, кроз признавање посебне тужбе ретиненту, тзв. *actio furti*, у случају крађе ствари коју је дотад задржавао⁹⁸. Тиме се вероватно жели инсинуирати нека врста права следовања, међутим збуњујуће је откуд тужба уместо интердикта, који је иначе у функцији државинске заштите у римском праву? Изгледа да се управо у овоме наслеђује одговор на претходно постављено питање, да је ретенција право, а не само приговор. Заправо овде, по нашем мишљењу, треба разликовати два елемента једне правне конструкције: 1) ретенцију као право које треба заштитити; и 2) приговор *exceptio doli*, као инструмент њене процесне заштите. Чини нам се да је тако ретенција током развоја римског права еволуирала од приговора, тј. од средства заштите права до субјективног грађанског права које ужива посебну правну заштиту.⁹⁹

У прилог стварноправној природи ретенције је и четврти по реду аргумент да је ово право, баш као и заложно право *недељиво*, и то у два смера: ретинирана ствар у целости гарантује за исплату целог потраживања¹⁰⁰. Аргументујући овакав став доктрина се позива на правичност: неправично је приморати ретинента да врати део задржане ствари, јер није у складу са *bona fides* да му дужник плати само део дуга,

⁹⁵ Cabrye, E., nav. prema: Bailly, A., *op. cit.*, стр. 43.

⁹⁶ *Ibid.* (Fr. 13, §8, D., 19, 1).

⁹⁷ *Numerus clausus* стварних права у римском праву чине: својина, службености, залога и закуп. Видети: Маленица, А., Деретић, Н, *op. cit.*, стр. 258.

⁹⁸ Fr. 15, §2, D. 47, 2.

⁹⁹ Чини нам се да поменути аутор ову тужбу изводи на основу аналогије са заложним правом (*pignus-om*). *Actio furti* је омогућавала повериоцу да иако нема својину, може да тужи због крађе, не само трећа лица већ и власника у случају потајног узимања ствари, а у случају неизвршења обавезе због чијег је обезбеђења установио *pignus* (Gai. Inst. 3. 204). О., Stanojević, О., *nav. delo*, стр. 219.

¹⁰⁰ Mauger, Ch., *op. cit.*, стр. 37; Cf. Bailly, A., *op. cit.* стр. 49 .

уместо целог износа¹⁰¹. Нама се чини да, не само правичност, већ пре свега практичност налаже прихватање оваквог става, јер идеја ретенције и јесте вршење што ефикаснијег притиска на дужника. Смањењем вредности задржаваног предмета услед делимичне исплате потраживања, сразмерно се смањује интензитет тог притиска на дужника, који логично бива све мање заинтересован да остатак дуга намири. Интересантно је поменути да се за недељивост ретенције опредељују и они правни писци¹⁰² који њену правну природу квалификују као облигационоправну - упркос чињеници да је недељивост својство заложног права, које спада у категорију стварних права.

4. Схватања о ретенцији као акцесорном или самосталном праву

Већински је став да је ретенција и у римском праву имала функцију обезбеђења неизмиреног потраживања, дакле средства гаранције, те стога и средства строго акцесорне природе (у свему зависног од главног права, обезбеђеног потраживања).¹⁰³ Ипак, постоје и другачији ставови у доктрини.

Мањи број аутора¹⁰⁴ ретенцију сматра самосталним (главним) правом, које не настаје у вези са потраживањем које треба обезбедити. Реч је о претходно поменутих ауторима који сматрају да пуноважно потраживање није услов за настанак ретенције, јер она настаје из „факта сједињења туђе ствари са делом ретинентове имовине“.¹⁰⁵ Овакво објашњење нам се не чини адекватним, нарочито зато што асоцира пре на други институт – неосновано обогаћење (*condictiones sine causa*).

Осим тога, нама се чини, на основу паралеле између заложног права и ретенције римског права (*quasi pignus*), да ако је залога, као право са јачим овлашћењима у односу на ретенцију, неспорно акцесорне природе, онда је утолико пре ретенција, као слабије право, такође акцесорне природе. Уосталом, решење је логично, ако се запитамо да ли су заложно право и ретенција институти који су „сами себи циљ“. Одговор је да нису, да они прате судбину главног права и док је оно актуелно и акцесоријуми су (и обрнуто).

¹⁰¹ Сабуге, Е., *op. cit.*, стр. 35.

¹⁰² Лоренц, Р., *нав. дело*, стр. 19.

¹⁰³ Видети: Mauger, Ch., *op. cit.*, стр. 33.

¹⁰⁴ Овај став заступа Prett. *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

5. Оцена изложених схватања правне природе ретенције римског права

Насупрот тврдњи појединих аутора¹⁰⁶ да међу романистима преовладава концепција облигационоправне природе ретенције, наш утисак је да се на основу расположивих материјала, може закључити да су ставови доктрине подељени. Релативно уједначен број аутора заговара став о стварноправној и облигационој природи ретенције, уз истицање појединих компоненти једне или друге групе грађанских права, као опредељујућих. Оно што је заједничко за поборнике ова два супротна става је да, по нашем мишљењу, своју аргументацију темеље на недовољном броју елемената који сведоче у прилог стварном или облигационом праву.

Занимљив је и став аутора *Goldschmidt u Becker*, који ретенцију у римском праву означавају као *негативно право*. Ови аутори ретенцији очигледно признају статус права, али особеног, права негативног садржаја: ово право овлашћује да се одбије захтев супротне стране, допуштајући ретиненту да нешто не уради, док противника обавезује да трпи то нечињење¹⁰⁷. Ретенција римског права заиста овлашћује ретинента на радњу нечињења – одбијање захтева трећих на предају, али то је последица (позитивног) овлашћења на државину ствари, па ретенцију ипак не бисмо могли сматрати строго негативним правом, ни у римском праву, а посебно не у бројним позитивним регулативама, у којима она садржи и овлашћење намирања.

VI Престанак ретенције у римском праву

С обзиром на претходно утврђено суштинско својство акцесорности ретенције у римском праву, тј. зависности од главног права чијем обезбеђењу служи, можемо утврдити два начина престанка овог средства обезбеђења. Као и сва акцесорна права обезбеђења потраживања,¹⁰⁸ ретенција у римском праву престаје на један од два начина: 1) престанком потраживања, као главног права; и 2) самосталним начином, независно од престанка обезбеђеног потраживања.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ М., Volmer, *op. cit.*, стр. 13.

¹⁰⁸ Готово сва права обезбеђења потраживања у римском праву су строго акцесорног карактера, за разлику од неких савремених, попут нпр. немачког земљишног дуга, који је неакцесорно средство обезбеђења.

1. У групу акцесорних начина престанка спадају сви основи престанка потраживања које познаје римско право. С обзиром да ретенција настаје једино у циљу обезбеђења потраживања, његовим гашењем и то без обзира на основ, отпада и кауза ретенције (*causa retinendi*).

2. У начине самосталног престанка ретенције римског права у литератури се најчешће убрајају следећа три: 1) пропаст ретиниране ствари; 2) одрицање ретинента од овог овлашћења и 3) губитак државине (или детенције) ретиниране ствари.

За разлику од осталих претходно наведених начина престанка, који нам се чине неспорним, престанак ретенције губитком поседа ретиниране ствари ипак иницира извесна питања. Најважније би било: да ли је довољан сваки губитак државине или само трајни, дефинитивни?¹⁰⁹ Нама се чини да тек дефинитивни престанак државине, без могућности њене правне заштите, доводи до престанка ретенције.

Спорном се у доктрини сматра и могућност давања обезбеђења у функцији престанка ретенције. Будући да се у римским изворима ова опција не помиње, прихватићемо већински став романиста по коме понуда обезбеђења повериоцу није имала за последицу престанак ретенције.¹¹⁰ Циљ ретинента и јесте да у парници буде тужени; да не сноси трошкове поступка; да нема терет доказивања¹¹¹, што би све морао у улози заложног повериоца. Управо та околност његов положај чини супериорнијим у односу на тужиоцев. Ретиненту тужба није ни потребна, његов положај штити једна фактичка околност, а то је апрехензија дужникове ствари, уз правом признату могућност да пасивним путем штити своје овлашћење. Онемогућавањем престанка ретенције путем давања обезбеђења, исказује се протекционистички став законодавца према интересима повериоца, на штету дужника, позивањем на *bona fides*.

Нама се давање примата начелу аутономије воље чини правичним, тако да овакво решење римског права можемо оценити као неадекватно. Наиме, пошто је ретенција заснована против воље дужника, друштвено је оправдано омогућити му да је ипак накнадно избегне, ако то одговара и интересима повериоца. Давање обезбеђења представља уговорно заложно право, које подразумева сагласност двеју воља (повериоца и дужника), насупрот ретенцији која је настала *ex lege*, једностраном вољом повериоца.

¹⁰⁹ Guillaouard, L., *op. cit.*, стр. 285.

¹¹⁰ Bailly, A., *op. cit.*, стр. 64.

¹¹¹ *Ibid.*

VII Закључна разматрања о ретенцији у римском праву

Утисак једног од романиста је да је доктринарно тумачење ретенције римског права: „препуно остатака и рефлекса почетног средњевековног концепта, прешироког и сувише мало правног“.¹¹² Нама се чини да оваквом закључку оправдано доприносе следећа обележја ретенције у римском праву: недостатак система правила о институту ретенције; затим, спорадичност неколицине постојећих правила; еволуција ретенције у оквиру процесног средства - приговора *exceptio doli*; њен супсидијарни карактер; спорна правна природа и некритичко „ослањање“ на сувише апстрактан критеријум правичности у покушају њеног правног објашњења. Претходно наведена својства су само неки од важних показатеља несавршености и недовршености идеје ретенције у римском праву. Можда је чак лакше одредити шта ретенција римског права није представљала, него шта јесте.

Чињеница је да је реч о правној конструкцији која се по условима примене, свом правном дејству, сврси и правној природи разликовала од сродних института облигационог и стварног права. Упркос свим претходно наведеним мањкавостима, морамо оценити да је римско право ипак поставило темељ данас прихваћеног концепта ретенције.

¹¹² Nardi, E., *op. cit.*, стр. 100.

ОДЕЉАК 2.

НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У ПРАВИМА СТРАНИХ ДРЖАВА

Еволуција ретенције у појединим правним системима се одвијала у различитим смеровима. Полазећи од начелно исте базе, начела правичности, две велике породице права - европскоконтинентална и англоамеричка, кроз период средњег века и касније, изградиле су различите инструменте за постизање начелно истог циља, а то је заштита поверења у правни промет, еквиваленција узајамних давања и *bona fides*.

С обзиром да је пандан средњовековној европској ретенцији институт *lien* англоамеричког права, ово разграничење сматрамо почетним за наше даље истраживање. У делу рада који следи сумарно ћемо анализирати правце развоја ретенције у англоамеричком праву, а нарочито генезу¹¹³ и особености државинских (поседовних) *lien-a*, како бисмо направили паралелу са ретенцијом (европског права) и евентуално открили заједнички *ratio* ових института.

I Ретенција англоамеричког права

1. *Настанак lien-a*. Особености англосаксонског правног система условиле су и засебан развојни пут института *possessory lien*¹¹⁴, који је непознат римској традицији, а функционално најсличнији ретенцији, као средству обезбеђења потраживања за које је потребна државина. За разлику од ретенције европскоконтиненталног права,¹¹⁵ која има основ у римском *ius retentionis*, институт *lien* има аутохтон настанак и особену еволуцију. Изворно, *lien* је у англоамеричком праву настао још у 15. веку, као део *common law-a*, иако се тада још увек није формално тако називао, већ - *right of retainer*.

У литератури ових земаља се истиче да је иницијални разлог настанка овог института била потреба да се осигурају потраживања из уговора који нису били закључени по прописаном поступку, тј. уз одсуство потребне форме. Осим тога, као важан *ratio* наводи се и потреба да се путем „самопомоћи“ заштите угрожени интереси

¹¹³ Детаљно о настанку првих *lien-a* и њиховом даљем развоју у *common law* правном систему, као и ширењу из енглеског права у права осталих земаља англосаксонског правног подручја видети више код: J., H., Beale, *Innkeepers and Hotels*, London, 1906., str. 252; (dostupno na internet adresi: https://archive.org/stream/cu31924022447555/cu31924022447555_djvu.txt).

¹¹⁴ Детаљно о настанку и развоју института *possessory lien* видети код: L., E., Hall, *Possessory liens in English Law*, Sweet& Maxwell, London, 1917., str. 17. internet adresa: https://archive.org/stream/cu31924022447555/cu31924022447555_djvu.txt.

¹¹⁵ *Das Retentionsrecht, Dirritto di ritenzione, Rétenzion*.

лица која обављају јавни интерес или масовно закључују послове са непознатим сауговарачима“ (које притом не могу да одбију као стране уговорнице). У том смислу се у доктрини¹¹⁶ као најстарији *lien*-и наводе *lien гостионичара и превозника*, ради осигурања потраживања која проистичу из претходно закљученог уговора.

2. *Развој lien-a кроз време.* Специфичност еволуције англосаксонског правног система је у коегзистирању више различитих система правних правила, па је сходно томе и генеза овог института текла у смеру настанка различитих врста *lien-a* и то: *common law lien*; *equity lien*¹¹⁷; *judicial lien*¹¹⁸; *i statutory lien*¹¹⁹. Дакле, *lien-i common law-a* су историјски први настали у оквиру англосаксонског обичајног права, да би касније били константно допуњавани различитим облицима, иницирани правом правичности или посебним законима. У доктрини се закључује да је највећи број модерних законских (*statutory*) *lien-a* уствари потекао из давнашњег *common law-a*.

Бројни подтипови *possessory lien-a* су се временом диференцирали као посебне врсте права задржавања у оквиру *common law* система правила.¹²⁰ *Common law lien*-и су за наше истраживање најзначајнији, будући да се они стриктно везују за посед дужникове ствари (за разлику од бездржавинских, тзв. *non-possessory lien-a*). Следеће врсте можемо означити као најсличније институту ретенције европскоконтиненталног права: *lien* неисплаћеног продавца робе (*unpaid seller's lien*, тј. *right of retention*); *lien* агента (банке, брокера, адвоката и сл.); и *lien* складиштара. Они су настали из потреба

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Equity law lien-i* (тзв. *charging liens*) су права реалног обезбеђења која настају независно од поседа на дужниковој ствари (што је суштинска разлика од европскоконтиненталног концепта ретенције). Са друге стране, овакав концепт омогућио је: проширење потенцијалног објекта ове врсте *lien-a* и на непокретности; затим, ојачао дејство овог права обезбеђења дајући повериоцу и право на намирење из вредности задржаног (са дејством *erga omnes*), за разлику од *common law lien-a*, редукованих на средство вршења притиска на дужника. Sykes, *op. cit.*, p. 565. О различитим типовима *equitable lien-a* у земљама англосаксонске правне традиције видети више код: S., Petrić, *nav. delo*, str. 129-131.

¹¹⁸ У питању је модалитет *lien-a* који настаје на основу судске одлуке (или акта другог органа власти). По правилу се везује за непокретности као објекат чијим се задржавањем обезбеђује ненамирено потраживање, а чији се публицитет остварује уписом у посебне јавне регистре. Више о томе видети код: Lavine, *op. cit.*, str. 612.

¹¹⁹ Законски (*statutory*) *lien-i* обухватају две групе: 1) накнадно уведене *lien-e*; и 2) кодификоване претходно постојеће *lien-e common law-a i equity law-a* (уз извесна прилагођавања потребама модерног тржишта). Другу групу између осталог чине и: *lien* гостионичара и хотелијера; продавца робе; купца робе на кредит и др. У енглеском праву видети: The Sale of Goods Act, 1979., Section 41-43 (ова врста *lien-a* се назива: *unpaid seller's lien*, тј. *right of retention*). The Innkeeper's Act 1878; The Consumer Credit Agreement Act, 1974. У америчком праву видети: Uniform Commercial Code (UCC) Section 2-702; Section 7-209; Section 7-307 и др. Осим наведених поседовних (државинских) *lien-a*, у категорију законских *lien-a* спада и све више бездржавинских типова који публицитет овог права обезбеђења не остварују поседом, већ уписом у посебне јавне регистре (пр. *mechanic's lien*).

¹²⁰ О разноврсности средстава реалног обезбеђења потраживања која је кроз време обухватао појам *lien* сведочи чињеница да део тамошње доктрине као подтип *lien-a* означава и заложна права као што су: *mortgage i pledge*, док по већинском ставу овде спадају само поседовна средства обезбеђења у ужем смислу. Видети више код: L., E., Hall, *op. cit.*, str. 17 и даље; E. J., Sykes, *The Law of Securities*, Sydney, 1978.

трговачке (и уопште пословне праксе) те се везују за покретне ствари (робу) баш као и доминантни модел регулатива у европскоконтиненталним правним системима. Највећу сличност показују са ретенцијом оног модела европских регулатива, које ово средство обезбеђења редукују на могућност неиздавања ствари на захтев дужника (средство вршења притиска, не и намирења повериоца).

3. *Врсте common law lien-a*. Ови *lien-i* се деле на две подврсте: посебне и опште (*particular and general common law liens*). Кључна разлика између њих је у услову конекситета, који је обавезан код прве врсте, односно све шире конципираног услова конекситета, као услова настанка друге врсте (трговачки *lien*). Ипак, ови *lien-i* су данас непосредан извор права обезбеђења само у ситуацији изостанка законског правила (*statutory lien*), а нарочито у сфери пословних односа у којима обичајно право има важну улогу.¹²¹

На основу претходно наведеног, можемо закључити да у англосаксонској правној традицији не постоји општа норма о ретенцији, већ систем казуистички признатих коегзистирајућих типова *lien-a*. У овој великој правној породици паралелно постоји више различитих извора државинских *liena-a* (као најсличнијих ретенцији европскоконтиненталног права), при чему сваки основни тип познаје више модалитета, са специфичним обележјима. Начелно би се могло констатовати да, према критеријуму круга осигураних потраживања, *lien-e* можемо поделити на *опште и посебне*. Притом, посебни - *particular liens* су бројнији (они који захтевају правни или материјални конекситет), а општи - *general liens* су само изузетак (они постоје и без услова конекситета, а по правилу се везују за област обостраног трговинског пословања).¹²²

II Ретенција европскоконтиненталног права

Упркос чињеници да је у доктрини неспорно да су корени европске ретенције у римском праву (*ius retentionis*), током средњег века је ретенција значајно еволуирала. Упоредноправни преглед позитивних решења указује на различитост у бројним сегментима: у приступу регулисању ретенције; у обиму дозвољеног права задржавања; правном дејству; садржини; па и циљу овог института. Све ове разлике су последица

¹²¹ Више о појединим облицима посебних (*particular*) *possessory lien-a* видети код: E. Baskind, G. Osborne, L. Roach, *Commercial Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2016., p. 137 и даље; Lavine, *op. cit.*, p. 511 и даље; Sykes, *op. cit.*, p. 560. О *tzv. maritime lien-ima* видети опширно код: G. Price, *The Law of Maritime Liens*, London, Sweet & Maxwell, 1940.

¹²² Више о посебним и општим *lien-има* англосаксонског права видети код: Sykes, *op. cit.*, p. 561 и даље.

другачијих праваца еволуције ретенције кроз векове, „провучених“ кроз призму потреба појединих законодавстава и различитих друштвених околности. Наш циљ је да у овом делу рада сумарно изложимо развој ретенције у појединим европским регулативама, а нарочито да покушамо да расветлимо мотиве који су поједине законодавце определили за конкретна решења.

1. Модели регулисања ретенције

У литератури чији је предмет историјат ретенције углавном се спорадично наводе карактеристике ретенције у појединим регулативама, док готово да не постоје озбиљнији покушаји системског упоредноправног приказа генезе овог института. С обзиром на однос појединих законодаваца према праву ретенције у литератури¹²³ се наводе два модела регулисања ретенције, а то су: нормирање ретенције на *општи начин* и *казуистичко* нормирање појединих случајева, када је ретенција изузетно законом дозвољена. Премиса овакве поделе је, рекло би се, став да су све некадашње европске регулативе дозвољавале ретенцију на одређени начин и у извесном обиму.

Међутим, чињеница је да постоје регулативе које су у прошлости заузеле негативан став према овом праву обезбеђења, те су ретенцију изричито забраниле. Додуше, у литератури су помињу и такви случајеви, али су, по нашем мишљењу неадекватно, сврстани у модел „начелне забране ретенције, уз допуштање изузетака“.¹²⁴ Стога је наш утисак да је могуће извести већи број модела регулисања ретенције кроз историју него што то чине поједини аутори.

1. Подела с обзиром на однос законодавца према признавању ретенције. Почетна подела коју предлажемо је извршена према критеријуму позитивног или негативног односа појединих законодаваца према идеји задржавања *уопште* и то на регулативе које су ретенцију: 1) *забрањивале* и 2) *дозвољавале*. У прву групу можемо сврстати само једну регулативу из узорка, а то је некадашње аустријско решење садржано у Општем аустријском грађанском законнику, пре новела (ОАГЗ).¹²⁵ Притом, сматрамо да ретенција није била „начелно забрањена“ у овој регулативи, како се понегде у литератури наводи, већ *изричито и у потпуности*.¹²⁶ За разлику од грађанске ретенције

¹²³ По схватању аутора Р. Лоренца, ово су два једина модела регулисања ретенције у прошлости. Видети: Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 22.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Општи Аустријски грађански законик, Justizgesetzsammlung, из 1811. год. У даљем тексту: ОАГЗ.

¹²⁶ Видети формулацију некадашњег чл. 471 АГЗ.

коју је АГЗ забрањивао, трговачка ретенција била је дозвољена и на општи начин регулисана аустријским трговачким закоником (АГЗ).

Изузеци, који су касније евентуално признавани за грађанску ретенцију су продукт деловања доктрине и судске праксе које су настојале да овако стриктно законско решење ублаже и прилагоде потребама праксе. У другу групу спадају све остале регулативе из нашег узорка, а то су некадашња: немачка (грађанска и трговачка), аустријска трговачка, швајцарска, француска, италијанска и регулатива некадашње Краљевине Југославије (грађанска и трговачка).

Друга наведена група регулатива може се даље поделити на подгрупе и то с обзиром на начин регулисања ретенције, а то су: 1) регулисање ретенције у виду *опште норме* и 2) *казуистички* начин нормирања. У прву групу спадају некадашња немачка (грађанска¹²⁷ и трговачка¹²⁸), швајцарска¹²⁹, као и аустријска регулатива након новела¹³⁰, док у другу групу можемо сврстати до скоро важећу француску¹³¹ (грађанску и трговачку¹³²), италијанску, као и грађанску и трговачку регулативу Краљевине Југославије.¹³³ Последња наведена група регулатива била је доминантна, а као разлог претежног регулисања ретенције у виду изузетка - у доктрини се наводи страх већине тадашњих законодаваца од потенцијалних злоупотреба „ретенције без граница“ и од правне несигурности коју би преширока примена овог средства самозаштите могла проузроковати у пракси.

Даље разликовање казуистичког начина нормирања ретенције могуће је према критеријуму *непосредности нормирања* ретенције у закону. Стога, дозвољавање заснивања ретенције лимитативно, тј. стриктно на нивоу изузетка, кроз време је било

¹²⁷ Немачки грађански законик из 1896. год. (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). У даљем тексту: НГЗ. (интернет адреса: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/)

и <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html>).

¹²⁸ Немачки трговачки законик (Handelsgesetzbuch - DHGB) из 1897. У даљем тексту: НТЗ.

Интернет адреса: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>.

¹²⁹ Швајцарски грађански законик из 1907. год. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch). У даљем тексту: ШГЗ.

Интернет адреса: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>.

¹³⁰ § 52 треће новеле из 1916. године. Аустријски грађански законик из 1811. год. (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB). У даљем тексту: АГЗ. Интернет адреса:

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

¹³¹ Француска регулатива грађанске ретенције је од доношења ФГЗ 1804. па све до 2006. била типичан представник казуистичког модела нормирања ретенције, да би два ордонасама из 2006. био коначно уведен општи појам грађанске ретенције садржан у чл. 2286 ФГЗ. Француски грађански законик из 1804. (Code Civil – CC). У даљем тексту: ФГЗ. Интернет адреса:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=4560B3C16E1F5CB8B5FF3973362C8F4E.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150114&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150626.

¹³² Чл. 306 и чл. 577 Француског трговачког законика из 1807. У даљем тексту: ФТЗ. Интернет адреса:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379).

¹³³ Чл. 83 некадашњег Трговачког законика Југославије из 1937. Видети и: чл. 87 Закона о меници из 1946.

двојако: 1) *експлицитно* и 2) *имплицитно*. Директно, тј. експлицитно казуистичко нормирање типично је за недвосмислено регулисане случајеве, у којима је најчешће сам законодавац непосредно овластио повериоца одређеног потраживања на ретенцију ствари дужника, у оквиру конкретног грађанскоправног односа. Са друге стране, казуистичко нормирање оставља сумњу у погледу домашаја дозвољене ретенције, која постаје предмет различитих доктринарних тумачења.

2. Особености појединих модела регулативе ретенције кроз историју

Следећи претходно изабрани систем, у излагању које следи указаћемо на најзначајнија обележја модела регулисања ретенције у некадашњим европским законодавствима са акцентом на дејству и разлици у концепту грађанске, а касније и трговачке ретенције 19. века.

2.1. Концепт изричите забране ретенције

Аустријски грађански законик пре новеле из 1916. је нормом садржаном у § 471 изричито забрањивао задржавање дужникове ствари: „Како прималац залогa, тако ни ма какав други придржник туђе ствари *није овлашћен* да, по престанку датог му права на ствар, исту *задржи* због друге тражбине. Али, он може, ако наступе захтеви одређени у судском поступку, а ствар је покретна, дати ствар на чување суду и ставити на њу забрану или ако је непокретна, тражити узапћивање (секвестрацију) исте.“¹³⁴

Оваква формулација законске одредбе, по нашем мишљењу, указује на забрану «класичне» ретенције по престанку заложног права, као и на различитост (забрањене) ретенције од заложног права. Осим тога, ова норма се не односи само на забрану заснивања ретенције по престанку заложног права, већ је општег карактера и односи се на експлицитну забрану заснивања ретенције по престанку било ког другог права.¹³⁵

Са друге стране, чини нам се интересантним следеће питање: ако је забрањена ретенција повериоца (приватног лица), како је онда могуће да се, по слову закона, суд нађе у улози придржника овакве ствари; и по ком правном основу? Сматрамо да су могућа два различита закључка: а) први је да је суд у улози вршиоца неке *атипичне*

¹³⁴ § 471 АГЗ пре новеле, превео: Д., Аранђеловић, Аустријски грађански законик, Београд, 1906., стр. 63.

¹³⁵ У доктрини се истиче да се забрана задржавања ствари односи се и на следеће параграфе некадашњег АГЗ: § 392; § 403; § 980; § 1321 АГЗ. Видети: Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 25.

(судске) ретенције, која се врши индиректно, за другог и то по вољи повериоца, а не суда; а реализује се кроз особени однос чувања дужникове ствари до намирења потраживања. Ипак, с обзиром да и у тадашњем аустријском праву општеприхваћени концепт ретенције указује на неопходност постојања непосредне фактичке власти повериоца-ретинента на ствари, сматрамо да овакво право не бисмо могли назвати ретенцијом, макар и атипичном.

Други могући закључак је да је у питању облик судске залогe, за шта је претходно потребна правоснажна судска одлука. Чини нам се да део наведене одредбе ОАГЗ: «...ако наступе захтеви одређени у судском поступку», можда упућује управо на случај доношења судске одлуке по захтеву повериоца, што представља правни основ на основу ког се ствар предаје суду, а у циљу конституисања судске залогe.

С обзиром да немамо увида у тадашњи аустријски процесни закон, не можемо бити сигурни да ли је у питању судска залога или неки специфични процесни институт аустријског права. Ипак, у питању је: јавноправни однос чувања ствари за другог (одсуство непосредне фактичке власти); настао на основу одлуке надлежног државног органа; којим се *негира могућност самосталног (судски неорганизованог) вршења приватне правде*, тј. самопомоћи повериоца (што би имало за циљ постизање процесне економије). Овај последњи наведени елемент, који ретенцију битно одређује, овде изостаје, због чега сматрамо да није реч о неком посебном типу права задржавања. Овакво решење, по нашем мишљењу, потенцијално указује на неповерење тадашњег законодавца према повериоцу и сумњу у његово савесно и поштено (вансудско) ретинирање дужникове ствари. Нужно посредовање суда у овом приватном, дужничко-поверилачком односу указује на забрану ретенције као *приватне самозаштите* и средства остваривања «права и правде» *мимо суда* у овој фази важења ОАГЗ-а.

Тиме је, по нашем мишљењу, недвосмислено исказана тадашња законодавна политика, а то је: протекционистички став законодавца према интересима дужника, без било каквог фактичког привилеговања повериоца, упркос његовој недовољно заштићеној имовинској позицији. Овакав приступ ретенцији као идеји је, по нашим сазнањима, јединствен у правној историји, због чега, по нашем мишљењу, завређује објашњење. *Ratio* оваквог решења свакако постоји и сматрамо да га је могуће оправдати тадашњим друштвеним околностима, али и неразвијеношћу једног правног система¹³⁶.

¹³⁶ Могућа објашњења за овакав приступ тадашњег аустријског законодавца су вишеструка. Наиме, 19. век је раздобље максималне заштите приватне својине и прокламовања идеје незадирања државе у

Међутим, чини се да овако ригидан концепт није одговарао практичним потребама свог времена, нити је обезбедио сразмеру у заштити интереса странака у грађанскоправном односу, а у циљу постизања равноправности и еквиваленције узајамних давања. У односу на римско право, које је вековима пре, из начела правичности, развило један практичан и праведан институт (додуше у рудиментарној форми), решење ОАГЗ можемо оценити као корак уназад. Једина предност оваквог решења је недвосмисленост нормe, која макар не оставља простор за различита тумачења, што се никако не може рећи за СГЗ, коме је ОАГЗ био изворник.¹³⁷

2.2. Концепт дозвољеног заснивања ретенције

Овај модел смо претходно рашчланили на две врсте, а то су: општи и казуистички начин нормирања ретенције, па ћемо их тим редом и анализирати.

2.2.1. Модел регулисања ретенције у виду опште нормe

У ову групу спадају некадашња немачка грађанска, аустријска грађанска регулатива након новеле 1916. и швајцарска. За разлику од казуистичког модела нормирања ретенције, чија је генеза имплицирала постепено законско повећање броја случајева у којима је ретенција изузетно дозвољена, општи модел ретенције донео је доследност регулативе и једнообразност, посредством општег правила за заснивање грађанскоправне ретенције за све повериоце, под законом предвиђеним условима. Стога бисмо могли рећи да историја ретенције у оквиру општег модела није еволуција појединачних модалитета грађанске ретенције, већ историја прилагођавања рецепиране римске концепције новонасталим потребама тржишта.

С обзиром да су растуће потребе тржишта у европским земљама биле заједничке, а почетна основа ових законика јединствена (нормирање института

односе странака у грађанскоправном односу, што захтева немешање повериоца у имовинска права дужника. Други разлог непризнавања ретенције може бити и неразрађеност овог института, што је иначе доминантни тренд међу законцима 19. Века. Трећи разлог, по нашем мишљењу, је и непостојање учења о самопомоћи, под чијим окриљем је ретенција настала. Коначно, четврти и најважнији разлог, а уједно једини који се наводи у литератури, је страх тадашњег аустријског законодавца од прешироке примене концепта задржавања туђе ствари, који би потенцијално био увод у бројне злоупотребе овако делотворног овлашћења појединца. Z., Stipković, *nav. delo*, str. 286.

¹³⁷ § 325 СГЗ одговара § 471 АГЗ, али је ужег домаћаја: забрањује се само ретенција ствари због другог дуга од стране залогопримца, али не и задржавање у осталим случајевима, тј. другим лицима у улози поверилаца.

ретенције у виду опште норме), могуће је пратити развој ретенције у ових неколико регулатива паралелно, уз евентуално наглашавање особености појединих. На основу прегледа првобитних законских решења ретенције у државама из ове групе, као и анализом њихових каснијих измена; затим, праћењем тенденција у тадашњој судској пракси и прегледом ставова тамошње доктрине, у периоду од 15. до 19. века, могуће је означити три фазе у развоју ретенције у овом моделу регулатива, које бисмо назвали: 1) фазом рецепције римског концепта ретенције; 2) уношењем особености средњовековног феудалног германског права; и 3) издвајањем трговачке ретенције као особеног модалитета, суштински различитог од опште ретенције грађанског права.

Наведене фазе тичу се пре свега ретенције некадашњег немачког и аустријског права, а не важе за швајцарско. Тако, и у периоду пре ступања на снагу ШГЗ-а, ретенција је такође била регулисана у оквиру заложног права на покретним стварима и потраживањима.¹³⁸ Дакле, развој ретенције у швајцарском праву текао је без дисконтинуитета; уз јединствено решење у грађанској и трговачкој сфери промета; уз максимално ојачање њеног дејства - признавањем права намирења из вредности ретиниране ствари; и уз максимално приближавање ретенције заложном праву.

1. Фаза рецепције римског концепта ретенције. Изграђена на римској основи, ретенција је дуго фигурирала као законом признат општи институт грађанског права у земљама тзв. „германског правног круга“¹³⁹ (осим у Швајцарској), са уским домашајем примене: готово искључиво као средство притиска на неуредног дужника, који тражи повраћај своје ствари (или захтева чинидбу), а да истовремено није спреман да другој страни испуни дуговану противчинидбу.¹⁴⁰ Међутим, општа ретенција грађанског права, будући под снажним утицајем канонског права, већ је крајем 15. века кочила развој трговине који је увелико био у замаху. Доктрина¹⁴¹ је домашај опште ретенције оценила као мали, недовољан наспрам убрзано растућих потреба за обезбеђењем потраживања у односима између професионалних трговаца, иностраних пословних

¹³⁸ Чл. 210-228 старог Савезног Швајцарског Законика. Поред опште, јединствене норме савезног закона о залози уопште, дакле и о ретенцији (као једној њеној подврсти), швајцарско кантонално законодавство је регулисало само поједине облике залогe као што су залогa стоке и сл. Видети више код: Tuor, P., Snyder, B., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 1979, str. 737.

¹³⁹ Реч је о формулацији која је општеприхваћена у домаћој доктрини. Ипак, у овом делу рада ћемо под њом подразумевати немачко и аустријско решење ретенције, али не и швајцарско – које је имало особени развојни пут.

¹⁴⁰ Идеја задржавања (ствари и чинидбе) сматрана је изразом начела правичности и као таква, примењивана је између свих категорија поверилаца, да би потом била пренета и у сферу трговинског пословања.

¹⁴¹ Coppel, A., Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896, str. 7.

партнера, а нарочито неусклађен са потребом ефикасног намирења неизмирених потраживања.

Ипак, с обзиром на готово једногласно схватање ретенције као особеног законског овлашћења суштински различитог од заложног права, *ius distrahendi* је повериоцу био готово апсолутно оспораван у сфери грађанског промета, у којој су ово овлашћење садржала друга (стварна) права, као што су: ручна залога, хипотека и законско заложно право.

2. *Ретенција у средњевековном немачком и аустријском праву.* Ову другу фазу можемо означити као вишу етапу у развоју римског концепта ретенције, која почива на идеји оснаживања ретенције: од обичног средства притиска, до средства које омогућава продају задржане ствари, у одређеним околностима. Како старији правни писци¹⁴² истичу, ова изузетна, „појачана ретенција“ се дозвољавала у два конкретна случаја у старом немачком обичајном праву, а то су: 1) ретенција код закупа стоке и 2) ретенција занатлије услед потраживања доспеле исплате зараде.

Претпостављамо да је *ratio* ова два изузетка различит. У првом случају чини нам се неупоредиво рационалнијом продаја задржане животиње у циљу намирења потраживања, у односу на несразмерно велике трошкове старања о животињи, која нужно мора бити у (најчешће непосредној) државини ретинента. У другом случају, могућим разлогом сматрамо појачану заштиту интереса економски слабије стране, а то је радник – занатлија, коме је много исплативије да намири потраживање зараде продајом задржаване ствари свог „газде“, него да буде егзистенцијално угрожен током дугог трајања права задржавања.

Ова фаза развоја ретенције указује на промене у концепту овог „особеног права обезбеђења“ у немачком праву, јер постаје очигледно да ретенција може имати и другачију садржину. Стога ову фазу можемо означити као *прелазну* ка трећој, која значи умножавање ситуација у којима се «шири» садржина ретенције овлашћењем намирења повериоца из вредности задржане ствари и настанка једне нове врсте ретенције.

3. *Фаза осамостаљивања трговачке ретенције.* Почев од 15. века и убрзаног развоја трговине, пре свега у италијанским трговачким градовима, а потом и у важним трговачким центрима Немачке, постало је очигледно да трговачки промет захтева ново, ефикасно, јефтино, рационално, а притом довољно сигурно средство обезбеђења

¹⁴² М., Volmer, *op. cit.*, стр. 20.

потраживања, које ће бити ефикасније и сврсисходније од свих до тада постојећих.¹⁴³ Другачије средство од уговорне залогe, која урушава поверење постојећих и онемогућава заснивање поверења између будућих потенцијалних пословних партнера; затим, различито и од таксативно признатог, уског круга законских заложних права; а нарочито, различито од опште ретенције грађанског права, која као право слабог дејства, није могла да задовољи претензије трговаца.

Решење проблема трговаца нађено је у новом, савременом средству обезбеђења потраживања, које је гарантовано законом, а које не представља само средство притиска, већ непосредно „право покрића“, тј. намирења из вредности добијене продајом задржане ствари. Ово право се најчешће признавало комисионарима, шпедитерима и превозницима, као најдалекосежније право на роби, а које тадашња, као и каснија германска доктрина¹⁴⁴ различито квалификује као: „закржљало“ заложно право, особено преференцијално право, модификовану грађанску ретенцију или чак као хибридную установу, тзв. „заложно право и право ретенције“. Ипак, доктрина не спори да је реч о институту коме су: „дата заложноправна дејства, без да носи име неког заложног права“.¹⁴⁵ Разлог законског нормирања института ретенције са новом садржином је у томе што је „трговачки осећај захтевао да се ретинирани објекат претвори у опште мерило вредности“ и да доведе до намирења неплаћеног потраживања.¹⁴⁶

2.2.2. Казуистички модел регулисања ретенције

У ову групу регулатива можемо сврстати пре свега некадашње француско решење грађанскоправне ретенције,¹⁴⁷ као и италијанско решење, која оличавају континуитет са ретенцијом римског права. Коначно, овде можемо уврстити и решење некадашње Краљевине Југославије чија ће регулатива бити детаљније анализирана даље у раду, услед важности и утицаја на даљи развој овог института у домаћем праву.

Генезу ретенције француског права, као представника овог модела регулативе, по нашем мишљењу, можемо анализирати кроз четири фазе, а то су: 1) фаза феудалног обичајног права; 2) фаза доношења најзначајнијих Уредби о ретенцији; 3) тзв.

¹⁴³ А., Coppel, *op. cit.*, стр. 7-8.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ М., Volmer, *op. cit.*, стр. 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Више о томе видети у: Krulj, V., *Trgovački zakonik Francuske*, Beograd, 1976.

„прелазна фаза“ до доношења Француског грађанског законика; и 4) фаза регулативе ретенције Француским грађанским закоником.

А. Фаза обичајног регулисања ретенције у феудално доба

У француској литератури¹⁴⁸ се наводи да су у тзв. „старом француском праву“ постојала два случаја заснивања ретенције: а) у првом случају предмет ретенције било је подручје које је владар уступио вазалу на употребу, а *causa retinendi* били су *ненамирени трошкови* које је вазал имао поводом побољшања учињених на том подручју;¹⁴⁹ и б) у другом случају ретенција се одобравала поданицима подручја као *гаранција за плаћање вредности земље* коју је господар узимао да би изградио језеро, забран или голубњак.

Осим ова два случаја законом признате ретенције, француско обичајно право у средњем веку је садржало више признатих случајева ретенције, међу којима су типични следећи: „привилегована“ ретенција угоститеља;¹⁵⁰ ретенција прекупца код тзв. сродничког преузимања наследства;¹⁵¹ ретенција санаследника поводом трошкова учињених на непокретности, за коју је потребан извештај о наследствоу;¹⁵² и коначно, у корист радника у жетви и помоћних радника возача, који су могли до пуне исплате дугованог: „задржавати и спречити жетву, брање грожђа, теретна возила и коње, робу и ствари њихових дужника, на чији захтев су кулучили“.¹⁵³

Преглед наведених случајева ретенције спорадично признате законом или обичајним правом указује нам на наглашени протекционистички карактер тадашње ретенције, по правилу признате слабијој страни у грађанскоправном односу (раднику, вазалу, поданицима и сл.). Она се у овом концепту појављује као механизам за успостављање фактичке и правне равнотеже између угроженог повериоца (ретинента) и несавесног дужника. Очигледно је и њена тадашња (начелна) база била правичност,

¹⁴⁸ Marty, G., Raynaud, P., *op. cit.*, стр. 286.

¹⁴⁹ Већи део француске доктрине сматра да су вазал или његови наследници могли да задрже подручје све док им господар не плати трошкове. Видети више код: Du Mouli. *Ibid.*

¹⁵⁰ Чл. 175 „Обичајног права у Паризу“

¹⁵¹ Чл. 372 „Обичајног права у Орлеану“

¹⁵² Чл. 305 Обичаја у Паризу; чл. 306 Обичаја у Орлеану

¹⁵³ Чл. 13 поглавља 32 обичајног права у *Nivernais-u*. Доктрина сматра да је специфичност ове последње ретенције то што је ова категорија ретинента имала право на судску заштиту по овом основу искључиво против послодавца, а не против трећих лица. Наш је утисак да ова специфичност није и једина која одликује овај последњи случај ретенције. Наиме, предмет ретенције у овој хипотези је не само ствар, већ и чинидба: „задржавање и спречавање жетве и брања“, под условом да они жању и беру, а најважнија особеност, по нашем мишљењу је и чињеница „лабавијег“ захтева конекситета: Guy Coqille. Наведено према: L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 296.

што чини „реципирану римску основу“¹⁵⁴, али и конкретнији *ratio*: рационалност и убрзање плаћања, поједностављење судског поступка вршењем ефикасног притиска на дужника, уз константно проналажење нових сфера примене у пракси.

Ипак, ове недовољно разрађене одредбе нису биле довољне за прецизно дефинисање института ретенције и оправданог домена њене легитимне примене.¹⁵⁵ Отуд бројне различите судске и доктринарне интерпретације садржине ових норми, прешироко тумачење, али и неограничена примена аналогije, које су узроковале бројне злоупотребе у пракси¹⁵⁶. Отуд следећу фазу развоја ретенције у француском праву одликује доношење неколико уредаба, чији је циљ била интервенција државе у овој области, у смислу прецизирања граница дозвољене употребе ретенције и њене што ефикасније реализације.

Б. Фаза доношења уредби о ретенцији

1. *Три уредбе о ретенцији*. Разрада правила о дозвољеној ретенцији у француском праву отпочела је Уредбом *Villers-Cotterets* из августа 1539.,¹⁵⁷ чији је примарни циљ било омогућавање судији да фиксира рок за плаћање потраживања, које је кауза задржавања ствари, након кога следи обавеза повраћаја ствари.¹⁵⁸ Друга по реду била је Уредба *Moulins* из августа 1566.,¹⁵⁹ која омогућава власнику да преузме своју ствар и практично „отклони“ право ретенције на које се позива детентор, али под условом да претходно „да гаранцију плаћања“.

Коначно, трећа Уредба у низу, која је донета 1667., сматра се повољнијом за ретинента који тражи брзо ликвидирање свог потраживања. Наиме, конкретна одредба тиче се наследника који је у вези са наследством имао трошкове, те је предност у томе што му се омогућава наставак државине ретинираног наследства све „до потпуног рамбурса учињених трошкова“. Француска доктрина¹⁶⁰ овој одредби придаје *општи карактер*, те је сматра правилом за сваког детентора ствари који је постао поверилац

¹⁵⁴ М., Planiol, *op. cit.*, стр. 771.

¹⁵⁵ Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 289.

¹⁵⁶ У литератури се истиче да су се бројни детентори туђе ствари, осуђени на њен повраћај, позивали на учињена побољшања на ствари и тражили надокнаду, чије плаћање се у пракси компликовало. Тиме се максимално успоравала израда пресуде која је налагала повраћај ствари њеном власнику. М., Planiol, *op. cit.*, стр. 771.

¹⁵⁷ Чл. 97 Уредбе *Villers-Cotterets*

¹⁵⁸ М., Planiol, *op. cit.*, стр. 771.

¹⁵⁹ Чл. 52 Уредбе *Moulins*

¹⁶⁰ L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 292.

„приликом овог поседовања“.¹⁶¹ Правни писци¹⁶² су још у 15. веку овај разлог ретенције назвали: *causas retinendi cohaerentes ipsi rei*, што савремена доктрина означава као: *debitum cum re iunctum*.

2. Став доктрине о ретенцији старог француског права. Упркос донетим Уредбама, чији је циљ био прецизирање правила о домашају ретенције, ово питање је остало спорно. По једном, релативно усамљеном мишљењу¹⁶³, ретенција је била дозвољена искључиво у ретким случајевима признатим у закону и у обичајном праву. Насупрот томе, по другом ставу, ретенција је, као и у римском праву, призната увек када потраживање настане поводом ствари коју поверилац претендује да задржи, тј. када постоји веза између дуга и задржаног предмета.¹⁶⁴

У оцени домашаја ретенције у овој фази развоја, ми ћемо се приклонити другом наведеном ставу доктрине, као чињенично утемељењем. Заједнички *ratio* наведеним случајевима експлицитног предвиђања ретенције у некадашњем француском праву је идеја да „ствар дугује“. Наиме, чим је трошак направљен у вези са ствари у циљу њеног очувања или побољшања, поверилац трошкова који има ту ствар у поседу има право ретенције на њој, према правилу: *causam habet retentionis cohaerentem ipsi rei*.¹⁶⁵ Тиме је француска доктрина практично креирала општу формулу за примену ретенције, ослањајући се и на правну традицију, а не само на формалне прописе. Оцена правних писаца¹⁶⁶ је да је на овај начин задржан обим ретенције римског права, али су ефекти овог права знатно ојачани у односу на римске корене. Са овом констатацијом се можемо сложити и то у двојаком смислу: 1) ретенцији је признато снажније дејство - „истините привилегије“¹⁶⁷. Наиме, у случају да изгуби посед ствари, ретиненту је признавана тужба за наплату против дужника, чиме је признат јачи ефекат ретенције, боља процесна позиција ретинента и обезбеђена наплата (што у римском праву није био случај); и 2) другачија правна природа ретенције (обриси реалне гаранције).¹⁶⁸

¹⁶¹ Тако и: Vöet. Наведено према: L., Guillouard, *op. cit.*, стр. 292.

¹⁶² Garsia, *De expensis et meliorantibus*, pogl. 1., br. 16, 1614., стр. 9-10. Nav. према: M., Planiol, *op. cit.*, стр. 771.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Garsias, *Traite de Expensis et Meliorationibus*. Нав. према: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 291.

¹⁶⁵ Vöet; Pothier. Нав. према: L., Guillard, *op. cit.*, стр. 293.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Ипак, постоје и другачији ставови: по мишљењу дела доктрине ретинент своје право може супротставити и претходним повериоцима дужника, док други аутори закључују да се поверилац-ретинент може супротставити само каснијим повериоцима дужника, власника ствари. Cf. Klod Ser. "*Retentionis beneficio et jure exceptionis potior erit omnibus jus posterioris proetentibus.*" Dumoulin, *Traité des Contracts*). Наведено према: L., Guillouard, *op. cit.*, стр. 295.

В. Регулатива ретенције у „прелазној фази“ до ступања на снагу Француског грађанског законика

Ова фаза у развоју ретенције француског права, може се означити као „прелазна“, до доношења ФГЗ, а одликује је доношење још две Уредбе, којима се дозвољава ретенција детентора националних јавних добара подложних откупу¹⁶⁹ и ретенција детентора у случају закупа са правом отказа.¹⁷⁰ На овај начин је заокружена француска регулатива ретенције до доношења ФГЗ, као систем казуистичких одредаба о праву ретенције „наслеђеном“ из римског права, ојачан у складу са новим токовима и потребама правног промета. Бројне нејасноће, контроверзе у погледу домашаја, дејства и правне природе овог права очигледно датирају из доба пре доношења ФГЗ. Првобитни казуистички метод регулисања ретенције у „старом француском праву“, битно је трасирао пут развоја и начин нормирања ретенције у касније донетом кодексу, о чијој сврсисходности француска доктрина и данас полемише.

Г. Регулатива ретенције од доношења Француског грађанског законика до његове реформе 2006.

Разлог што регулативу ретенције из ФГЗ из 1804. не можемо анализирати као позитивно француско решење јесу измене овог законика из 2006. године¹⁷¹, којима је нови пропис о ретенцији означио суштински прекид традиционално казуистичког нормирања овог института. Наиме, новелираним чл. 2286 ФГЗ је по први пут у француском праву *нормиран општи појам ретенције*, којим је омогућена широка примена законске ретенције. Фазу строго казуистичког нормирања ретенције француског права, без креираног општег појма, стога морамо означити као део историје овог института, која је трајала два века. Стога сви таксативно набројани случајеви ретенције у обимној француској литератури, који су до скоро били основа за посредно формулисање општег правила о овом институту, сада су само показатељ еволуције идеје о ширењу примене ретенције у француском праву.

¹⁶⁹ Чл. 25 Уредбе од 22. новембра – 1. децембра 1790.

¹⁷⁰ Чл. 21 Уредбе од 30. маја, 7. јуна и 6. августа 1791.

¹⁷¹ Art. 2286 CC: Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 2 JORF 24 mars 2006; modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 3 JORF 24 mars 2006.

Француска доктрина¹⁷² је углавном усаглашена у погледу две групе случајева у којима је у ФГЗ до 2006. била казуистички призната ретенција, а то су: 1) признавање ретенције код синалгаматичких уговора, где је задржавање дужникове ствари одговор на неиспуњење уговорне обавезе друге стране; и 2) признавање ретенције држаоцу ствари поводом трошкова које је имао око ње, као одговор на реивиндикациони захтев власника ствари. Другим речима, линију поделе ове две категорије случајева оличава уговорно или вануговорно порекло потраживања које се обезбеђује ретенцијом.¹⁷³

1. *Ретенција француског права код синалгаматичких уговора.* У прву групу случајева, где ретенција представља одговор на неиспуњење дуговане обавезе саговорача код синалгаматичког уговора, француска доктрина¹⁷⁴ сврстава следеће ситуације као најзначајније: 1) ретенција продавца ствари док купац не плати цену;¹⁷⁵ 2) ретенција продавца ствари који користи уговорено право откупа, а имао је трошкове око ствари;¹⁷⁶ 3) ретенција закупца који је добио отказ, а поводом накнаде штете и трошкова око задржане ствари;¹⁷⁷ и 4) ретенција оставопримца на депонованој ствари до намирења дугованог по основу уговора о остави.¹⁷⁸

За разлику од претходне подгрупе случајева, који се у француској доктрини сматрају начелно неспорним, друга подгрупа обухвата *спорне случајеве*, које су француски аутори различито квалификовали: као ретенцију или сродни институт.¹⁷⁹

2. *Признавање ретенције држаоцу ствари поводом трошкова које је имао око ње.* У другу групу случајева у којима је француска доктрина уочавала могућност за примену ретенције, убрајају се случајеви тзв. материјалног конекситета, када потраживање не настаје из уговора, већ је у уској, непосредној вези са задржаном

¹⁷² N., Catala - Franjou, *op. cit.*, стр. 17.

¹⁷³ *Ibid.* Лица која се налазе у односу насталом поводом ретенције, могу претходно бити у посебном уговорном односу, али и не морају. У првом случају је реч о постојању правног, а у другом случају о постојању материјалног конекситета између потраживања и ствари.

¹⁷⁴ Видети: Marty, G., Raynaud, *op. cit.*, стр. 16, 17.

¹⁷⁵ Чл. 1612 и 1613 ФГЗ. Ова могућност је последица транслаторног дејства уговора о купопродаји у француском праву, при чему се пренос својине дешава у моменту закључења уговора, а не предаје ствари, те продавац тако ретинира туђу (купчеву), а не своју ствар. Видети: Crosio, A., *Les sûretés, La garantie des créances; Encyclopédie pratique pour la vie des affaires*, J. Delmas et CIE, Paris, 1986., стр. 105.

¹⁷⁶ Чл. 1673 ФГЗ

¹⁷⁷ Чл. 1749 ФГЗ

¹⁷⁸ Чл. 1948 ФГЗ

¹⁷⁹ У ту групу можемо убројати неколико случајева, а то су: 1. право купца непокретности да одложи исплату цене ако је узнемираван или оправдано страхује да ће ствар бити реивиндицирана од стране трећих, док узнемиравање не престане (чл. 1653 ФГЗ). Видети: Crosio, *op. cit.*, стр. 108. 2. Ретенција налогопримца на стварима повереним за извршење налога до исплате свих потраживања (чл. 1999 ФГЗ). 3. Аналогно се претходно правило примењивало на остале уговоре са елементом мандата. Ripert, G., Roblot, R., *Traité élémentaire de droit commercial*, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1964, стр. 205; M., Planiol, *op. cit.*, стр. 798.

ствари у виду трошкова или штете коју је ствар причинила држаоцу. Ови случајеви се описно илуструју идејом да „ствар дугује“, тј. *debitum cum re junctum*,¹⁸⁰ а ту се убрајају следеће ситуације: 1) ретенција власника експроприсане ствари до исплате правичне накнаде за одузету ствар;¹⁸¹ 2) ретенција држаоца непокретности (градиоца, садиоца и вршиоца других радова сопственим средствима на туђем земљишту) до исплате накнаде вредности инкорпорисаних ствари;¹⁸² 3) ретенција санаследника на ствари коју је дужан да врати, а до надокнаде трошкова око ње и побољшања које је у њу уложио;¹⁸³ 4) право ретенције радника (спецификатора) према власнику материјала од кога је радник створио нову ствар (*species*) за надокнаду вредности рада.¹⁸⁴ И у овој категорији случајева постојали су спорни, које је део доктрине квалификовао као случајеве ретенције, а други део не.¹⁸⁵

Ова фаза развоја ретенције у француском праву окончана је релативно скоро, када су сви до сада таксативно навођени случајеви ретенције у склопу појединих грађанскоправних односа, спојени у једну јединствену норму, чиме је учињен огроман системски и научни корак напред, али је истовремено учињен и раскид са дотадашњом правном традицијом.

¹⁸⁰ N. Catala - Franjou, *op. cit.*, стр. 29.

¹⁸¹ Чл. 545 ФГЗ. Већи део доктрине овај случај ретенције наводи као еклатантан пример материјалног конекситета. Видети: N. Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 29. Ипак, други део доктрине ову ретенцију сврстава у случај задржавања у вези са синалгаматичним уговорима, изједначавајући дејство експропријације са дејством принудне продаје. Ripert, G., Boulanger, J., *Traité de droit civil*, Tome III: *Sûretés réelles*, *Contracts civils*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958., стр. 15.

¹⁸² У доктрини се истиче да се право задржавања ствари у новијој француској судској пракси признаје не само савесном, већ и несавесном држаоцу. Видети: *Civ. 3'* 23. 04. 1974.; *Juris- classeur périodique (JCP)*, 1975., II, 18170. Navedeno prema: S. Petrić, *op. cit.*, стр. 49.

¹⁸³ Чл. 862 ФГЗ

¹⁸⁴ Чл. 570 ФГЗ

¹⁸⁵ Ту спадају: 1) ретенција држаоца изгубљене или украдене ствари стечене на јавној продаји или од трговца, до накнаде цене плаћене за ствар (дакле, ретенција стицаоца својине од невластника). L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 392. *Cf.* Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5. Éd., Tome III, Paris, 1900, стр. 192, 193. Видети доскарашњу формулацију чл. 2280 ФГЗ. Derrida, *op. cit.*, стр. 704. Осим тога, део доктрине сматра да аналогно ретенцију треба дозволити и плодуживаоцу. Чл. 599 ФГЗ; Видети: L., Guillaouard, *op. cit.*, 1896, стр. 392; Aubry, Rau, *Cours de droit civil français*, V izdanje, tom III, Paris, 1900, стр. 192.

ОДЕЉАК 3

НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У НЕКАДАШЊЕМ ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Иако по својим карактеристикама већим делом спада у претходно анализирани модел казуистичког регулисања ретенције, некадашње српско право ћемо ипак анализирати у посебном одељку ове главе из неколико разлога. Први разлог је, важност домаће некадашње регулативе и њен утицај на касније, позитивно решење у српском праву; други разлог је особеност домаћег решења и комплексност прописа некадашње Краљевине Југославије, оличене различитим решењима о ретенцији у три тада важећа прописа, а то су: АГЗ (са или без новела), СГЗ и ОИЗ; и трећи разлог је прекид континуитета између регулативе ретенције некадашњег и позитивног српског права.

С обзиром да се наша сазнања о овој проблематици, на основу расположиве литературе, углавном односе на регулативу ретенције у предратним прописима Краљевине Југославије, ова некадашња законска решења ће бити предмет нашег разматрања, а нарочито проблематика признавања, услова заснивања, модалитета, правног дејства, престанка и правне природе ретенције .

I Регулатива ретенције у Српском грађанском законнику у време Кнежевине Србије

1. Концепт ретенције у СГЗ. Регулативу ретенције Кнежевине Србије оличава решење СГЗ из 1844., конкретно неколицина одредаба, у којима за разлику од његовог изворника ОАГЗ, *није експлицитно забрањена ретенција, али ни изричито призната* општом одредбом. Творац СГЗ је казуистичком одредбом регулисао ретенцију, вероватно имајући у виду чињеницу да су и други европски законици у то време признавали ретенцију, мада по правилу спорадично и таксативно, у изузетним случајевима. Оваквим приступом творац СГЗ је омогућио доктрини и пракси да применом аналогije, евентуално проналазе нове могућности за примену ретенције, додуше у ограниченом обиму. Тиме су постављени обриси *новог института домаћег права, али без институционалног места у систему права.*

2. Случајеви ретенције у СГЗ. На основу текста СГЗ можемо констатовати следеће: *изричито* је допуштена ретенција савесног купца (§ 220 СГЗ); и 2) ретенција је изричито забрањена за залогопримца (§ 325 СГЗ). То значи да је ретенција: а) законом

изричито призната у једном случају; затим, б) изричито забрањена у једном случају; и в) евентуално је могуће применити аналогију на *нерегулисане случајеве* (савесног држаоца, који је имао трошкове око ствари или му је она причинила штету¹⁸⁶ - ако суд утврди постојање правне сличности између регулисаног и нерегулисаног случаја, а странка истакне такав захтев).

Дакле, на основу претходно наведеног можемо оценити да *ретенција у СГЗ није ни начелно дозвољена, ни начелно забрањена*. Чињеница да није начелно забрањена је значајна, јер даје основ за примену аналогије у нерегулисаним случајевима, у којима је сличност са регулисаним случајем очигледна. Стога сматрамо да закључак појединих аутора о «начелној допуштености» ретенције у СГЗ није адекватан, јер она није нормирана као правило, већ као један дозвољени случај задржавања туђе ствари.

А. Изричито допуштање ретенције. Ретенција је изричито предвиђена одредбом § 220 СГЗ.¹⁸⁷ Иако законодавац не користи уобичајену формулацију за ретенцију: „купац има право да задржи ствар“, очигледно је значење које је садржано у њој: када савесни купац покретне ствари од невласника мора ствар да врати власнику, може је пре тога задржати, док му се не надокнади цена коју је за њу платио.

Б. Изричита забрана ретенције. У § 325 СГЗ¹⁸⁸ задржавање дужникове ствари је *изричито забрањено (само) за заложног повериоца* који „није овлашћен да ствар задржи због неког другог дуга“. Иако је ова одредба за узор имала стари чл. 471 АГЗ, очигледна је разлика у формулацији СГЗ, коју применом логичког закључка *argumentum a contrario*, можемо протумачити као забрану примене ретенције неупоредиво мањег обима.¹⁸⁹ Ретенција је тако експлицитно забрањена *само* за заложног повериоца, а не и за *остале категорије придржника, који потенцијално могу задржати ствар*, тј. одбити њено издавање.

В. Могућност примене аналогије на нерегулисане случајеве. *Постоје и ситуације које доктрина означава као спорне, а могуће случајеве ретенције,*¹⁹⁰ услед другачије

¹⁸⁶ Ову последњу групу случајева значићемо као спорну, јер се ставови доктрине о њој веома разликују.

¹⁸⁷ § 220 СГЗ: „...А ако је купац покретну ствар прибавио од лица и на начин, по коме он није могао посумњати о поштењу продавца, онда као савестан купац *дужан је ствар, но само тако повратити, ако би му сопственик накнадио оно, што је за њу дао и на њу потрошио.*“

¹⁸⁸ § 325 СГЗ: “Кад се дуг исплати, престаје залога; тако, да како год што је дужник дужан дуг платити, тако је и зајмодавац одмах дужан залогу издати, нити је властан задржати је због другог каквог дуга. Он у том случају може себе само с тим обезбедити, што би заложеноу ствар у судске руке предао, и захтевао, да се сигурности своје ради задржи, и узапти, да не би међутим његов дужник њу упропастио могао“.

¹⁸⁹ *Cf.* § 325 SGZ i § 471 AGZ (пре 3. новеле); формулација чл. 471 АГЗ гласи: „*Како прималац залог, тако ни ма какав други придржник туђе ствари, није овлашћен да, по престанку датог му права на ствар, исту задржи због друге тражбине...*“.

¹⁹⁰ Enciklopedija imovinskog prava..., Том други, Београд, 1978, стр. 1272; Р., Лоренц. *нав. дело*, стр. 25.

формулације појединих одредаба СГЗ у односу на изворне из АГЗ. Тако се у литератури као могући случајеви ретенције наводе: § 244 (ретенција налазача туђе изгубљене ствари);¹⁹¹ § 255 (ретенција незваног вршиоца туђих послова);¹⁹² § 256¹⁹³ и § 257 (ретенција спасиоца туђе ствари од штете);¹⁹⁴ § 591 (ретенција послугопримца);¹⁹⁵ § 817 (ретенција ухваћене животиње),¹⁹⁶ па чак и § 686 СГЗ („ретенција“ закуподавца на закупчевим стварима, као обезбеђење наплате кирије).¹⁹⁷

У претходно наведеним случајевима ми препознајемо две различите групе: 1) случајеве који су заиста «спорни», зато што су предмет различитих доктринарних тумачења (различитих квалификација конкретно насталог права). Ту спадају два случаја: право повериоца накнаде штете, коју је причинила ухваћена животиња; и право закуподавца као повериоца обезбеђеног потраживања на закупчевим стварима.

¹⁹¹ § 244 СГЗ: „Ако се господар ствари покаже, и своје право јасним знацима докаже, онда ће се нађена ствар, или цена исте њему издати, и он ће дужан бити све учињене због ствари његове трошкове платити, и још 20 од стотине вредности као награду находнику дати“.

¹⁹² § 255 СГЗ: „Који туђу ствар покретну од пропасти спасе, онај само има право од господара, који ствар прима, захтевати накнаду за трошак учињени, и сразмерну награду за труд“.

¹⁹³ § 257 СГЗ: „Који из пожара што изнесе, није себи изнео, већ ономе, чије је; и из сакрушене (разбијене) лађе спасено онога је, чије је било. Али за труд и штету припада плаћа и накнада, наравно која не може бити већа од спасенога добра“.

¹⁹⁴ § 256 СГЗ: „Овца моја, коју ти од вука отмеш, није твоја, но моја, ако ти труд наплатим и штету, коју си претрпео, накнадим; које не може више изнети од вредности овце“.

¹⁹⁵ Глава XX: „О наручи или послузи“, § 591 СГЗ: „Кад би се ствар изгубила, па доцније нашла, не припада ономе, који је у наруч узео, него ономе, који је дао, баш да би онај накнаду у вредности учинио био; само ако је овај готов вредност ову натраг вратити“.

¹⁹⁶ § 817 СГЗ: „Ухваћена у штети животиња остаје у залози за накнаду, коју је дужан онај, чија је животиња, за осам дана учинити. Ако се не поравнају, дужни су ствар суду јавити. Оштећени није дужан животињу из залогe пре издати, док му се или накнада не учини, или сигурност довољна не постави“. Нарочито спорним у теорији се сматра случај који се тиче ухваћене животиње која је причинила штету, а који се у домаћој доктрини различито квалификује као: 1) ретенција (А., Гамс, Основи стварног права, Београд, 1971.) или као 2) законска залогa (М., Константиновић, Облигационо право, Општи део, Београд, 1952, стр. 143; Б., Благојевић, Посебни део облигационог права, Београд, 1939, стр. 307; Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 25; *Cf.* А., Gams, *op. cit.*, стр. 193; Ч., Рајачић, Стварно право, други и трећи део – предавања, Загреб, 1956, стр. 304). Разлика је битна, јер залогa према СГЗ залогoprимцу даје право намирења из вредности оптерећене ствари, док би ретенција значила искључиво могућност задржавања животиње у циљу вршења притиска на њеног власника да причињену штету што пре надонади. Поменута одредба прописује да: „ухваћена животиња остаје у залози за накнаду...“. Овакав термин уз паралелно постојање језичке формулације: *право да се ствар задржи, тј. не изда власнику до исплате накнаде*, у неким другим одредбама СГЗ (а без помињања права залогe), макар на први поглед не оставља сумњу у врсту права обезбеђења, које се по закону заснива. Законодавац не користи језичку формулацију: „има право да је задржи“, већ „остаје му у залози“ што, по нашем мишљењу, једнозначно упућује на законску залогu, а не на право ретенције. Осим тога, поменути аутори своје схватање темеље на тези да је ретенција само једно овлашћење у саставу залогe, као сложенијег права, што је аргумент који не можемо прихватити.

¹⁹⁷ § 686 СГЗ: „Ствари од кирајнице или закупца унесене, и налазећи се плодови или стока, служе за сигурност ономе, који под кирију или закуп даје, и *може исте ствари свагда у залози задржати* ради наплате још неплаћене цене.“ Аутор А. Гамс сматра да је и у овом случају законодавац предвидео примену ретенције, за разлику од већине домаћих аутора који, по нашем мишљењу оправдано, сматрају да је овде реч о законској залози на стварима: *investa, illata et inducta*, на шта уосталом и језичко тумачење упућује: „*може у залози задржати*“. *Cf.* М., Константиновић, Хипотека на стоци, Београд, 1932, стр. 237, 241; Л., Марковић, *нав. дело*, стр. 563; Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 26.

Сматрамо да ови случајеви не могу бити квалификовани као ретенција, будући да је самим законским текстом прецизирано да је реч о залози (конкретно, законском заложном праву); 2) другу групу представљају сви остали наведени случајеви, које не бисмо назвали спорним; на супрот томе, неспорно је да су у закону нерегулисани. Примена аналогije је могућа будући да ретенција није начелно забрањена посебном нормом (за разлику од ОАГЗ). Стога је могуће полемисати само на тему да ли су ови случајеви довољно правно слични регулисаном, како би евентуално дошло до примене законске аналогije (применом регулисаног случаја из § 220 СГЗ). О овом питању је могуће извести два различита закључка, позивањем на другачију аргументацију.

Полазећи од чињенице да је ретенција изричито забрањена само за залогопримца, а не и у осталим случајевима, могла би се оценити адекватном аналогна примена ретенције и у свим осталим нерегулисаним случајевима постојања материјалног конекситета. Са друге стране, део доктрине изводи супротан закључак, полазећи од ширег сагледавања ове проблематике; пре свега, времена у коме је СГЗ донет, узора по којима је стваран, постојеће правне традиције, нарочито имајући у виду степен „неизграђености“ идеје о задржавању ствари као општеприхваћеној врсти самопомоћи повериоца у српском праву у 19. веку.

3. *Ставови доктрине.* Прегледом различитих ставова у домаћој литератури, утисак је да доктрина сматра спорним не само питање у којим је све случајевима ретенција била призната у СГЗ; већ и да ли је ретенција уопште била дозвољена према овом пропису. Тако су се о овом питању у домаћој доктрини издиференцирала три различита схватања и то: 1) да је ретенција у СГЗ била *забрањена* исто као и у његовом изворнику АГЗ¹⁹⁸; 2) да је ретенција само *изузетно била призната* савесном купцу,¹⁹⁹ и

¹⁹⁸ Основ за прво схватање је § 204 СГЗ, који поменути аутор интерпретира на начин да се њиме искључује ретенција савесног држаоца, а изричито признаје само право на тужбу за накнаду трошкова око ствари, као редован пут судске реализације ненамиреног потраживања. § 204 СГЗ: “При враћању и накнади разлика се чини по закону између савесног или бесавесног држаоца или притежаоца. Онај, т. ј. поштено мислећи, враћа ствар, па више ништа; за оно, што је употребљавао, уживао, трошио или потрошио ствар, није дужан одговарати; јер њему припадају сви плодови већ сабрани, и све друге уживане користи за време свога притежавања; шта више, њему *припада и накнада за трошак поради одржавања и веће плодородности учињени*, у колико је с тим цена исте ствари порасла. Преко тога такви има права и ону цену коју је за ствар дао, натраг захтевати. Овога свега призрења бесавесни притежалац лишава се; јер он не само све изгубљено покрај ствари накнадити, но и ону корист, коју би прави притежалац имати могао, поунити мора, по обичној процени вештака.“ L., Urošević, *Ius retentionis savesnog držaoca prilikom povraćaja stvari*, Studije iz prava, Beograd, 1926; Ж., Перић, *О праву задржања*, Бранич, 1926, стр. 154; С., Бранковић, *Право ретенције*, Правосуђе, бр. 7 и 8, стр. 523. Прво схватање је ипак усамљено, а по нашем мишљењу неадекватно, будући да пренебрегава имплицитно значење ове законске одредбе која ретенцију, у језичком и логичком смислу, не искључује као могућност, за разлику од изворног текста АГЗ. Нарочито сматрамо да ову одредбу није адекватно сматрати правилом и општом нормом СГЗ која би представљала генерални, негативни однос тадашњег законодавца према ретенцији уопште.

3) да је ретенција, по аналогји, била призната не само савесном купцу, већ и *сваком савесном држаоцу* туђе ствари.²⁰⁰

Упоредјујући ове ставове доктрине са претходно наведеним одредбама СГЗ, у којима је ретенција експлицитно садржана (или забрањена), можемо оценити да је први наведени став сасвим неадекватан (јер је ретенција несумњиво дозвољена у једном конкретном случају). Насупрот првом, други и трећи став је могуће бранити, уз различиту аргументацију.

У прилог другом наведеном ставу, у доктрини²⁰¹ се истиче да је строго казуистички систем нормирања ретенције, за који се тадашњи законодавац определио у редиговању СГЗ - поставио јасне границе аналогне примене могућности права задржавања. Свакако се не сме занемарити општедруштвени контекст у доба првобитног нормирања ретенције у српском, као и у тадашњем европском праву, а то је време снажних буржоаски оријентисаних, капиталистичких држава и истих таквих правних система. Њихова суштинска карактеристика је гарантована аутономија воље странака у грађанском праву, у коме је ретенција готово сигурно схватана као механизам који кочи диспозицију воље, нарушава једнакост странака и условљава нежељено, субординирано задирање законодавца у односе иначе координираних воља грађанскоправних субјеката. У ситуацији непостојања општег законског правила и издиференцираних услова заснивања ретенције, који би прецизно раздвојили случајеве дозвољене од недозвољене ретенције, преширока примена аналогје је могла довести у правну несигурност и узроковати потенцијалне злоупотребе у пракси.²⁰²

¹⁹⁹ Основ за друго схватање је позивање на изузетно признавање ретенције савесном купцу у § 220 став 2 СГЗ, док се овом лицу не надокнаде трошкови око ствари. С обзиром да у осталим случајевима ретенција није експлицитно призната, поменути аутор закључује да њен домен употребе не треба ширити, с обзиром да је призната тек у контексту изузетка, а правило је да се изузеци уско тумаче. Л., Марковић, Грађанско право, Београд, 1927, I, стр. 321 ; А., Гамс, Основи стварног права, Београд, 1955, стр. 199.

²⁰⁰ Треће схватање базира се на примени законске аналогје са претходно поменутиим параграфом, с обзиром на њихов заједнички *ratio*. Ово схватање, чини се, има доста присталица у домаћој доктрини, али не и у тадашњој судској пракси која је углавном ускраћивала приговор ретенције савесном држаоцу због трошкова које је имао око ствари. Две судске одлуке Опште седнице Касационог суда из 1870. и 1872., ускраћују ретенцију савесном држаоцу непокретног имања, што значи да не примењују аналогју са ретенцијом савесног купца на случај другог савесног држаоца ствари. Видети: збирку Г., Никетића, Изводне одлуке опште седнице и одељења Касационог суда (1866-1878), Београд, 1908. У литератури се ипак наводе и другачије, мада ређе, одлуке тадашњих судова, као што је одлука из збирке Ковачевића за 1926., стр. 280, којом је признато право задржавања повериоцу као савесном држаоцу (у вези са § 255 СГЗ). Видети: Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 26.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Ову нашу тврдњу, уосталом потврђује и тадашња, претходно наведена, судска пракса, која очигледно није била склона примени ове врсте аналогје, као и значајан део старије домаће доктрине. Видети: Л., Марковић, Грађанско право, Београд, 1929., стр. 320-321; А., Гамс, Основи стварног права, Београд, 1955, стр. 199.

Коначно, у прилог трећем наведеном ставу је чињеница да је *избегавањем изричите забране ретенције у СГЗ*, за разлику од изворника ОАГЗ, као и изричитим нормирањем једног дозвољеног случаја ретенције, учињен значајан корак напред у имплементацији овог института у домаћем праву. Тиме је постављен законски оквир за ширу примену института ретенције у перспективи,²⁰³ коју би судија ценећи захтеве правичности, као и савесности и поштења у правном промету, евентуално могао да примењује, путем законске аналогије. Стога, знатан број аутора, чини се оправдано, заговара тезу да је у СГЗ ипак била могућа примена ретенције у ширем обиму од тог једног експлицитно законом нормираног случаја, те да ретенцију треба по аналогији признати свим савесним држаоцима.²⁰⁴

II Регулатива ретенције до другог светског рата

Након што је Србија постала саставни део Краљевине СХС, а након тога део Краљевине Југославије, на територији Србије наставио је да се примењује СГЗ као позитивно право и он је непосредно важио све до другог светског рата и доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације из 1946. године.

На другим правним подручјима југословенске државе у наведеном раздобљу примењивани су други прописи и то: АГЗ из 1811. (са новелама или без) на територији Словеније, Далмације и Хрватске и БиХ (у ограниченом обиму); док је на територији Црне Горе важио је Општи имовински законик за Црну Гору (ОИЗ)²⁰⁵. Различитост прописа који су примењивани на територији тадашње државе условила је комплексност регулативе ретенције, оличену кроз три различита начина нормирања овог института у различитим прописима, са ограниченим територијалним важењем. Тако су коегзистирала три различита принципа: изричита забрана ретенције у областима важења ОАГЗ; казуистичко признавање на територији важења СГЗ; и општа норма о ретенцији у областима где је примењиван АГЗ, након новела.

²⁰³ *Cf.* Аутор Р., Лоренц у својој докторској дисертацији излаже своје схватање о аналогији као правном средству које треба широко применити на све поменуте спорне случајеве из СГЗ, које треба сматрати имплицитним признањем права ретенције за све наведене категорије поверилаца. Видети: Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 29.

²⁰⁴ Заговорници овог става у старијој домаћој доктрини су: М., Бартош, *нав. дело*, стр. 128; Л., Урошевић, *Критичке студије из области права*, Београд, 1926, стр. 195.

²⁰⁵ На подручју Македоније се на стварноправне и облигационоправне односе примењивало турско право (до Балканских ратова), а потом СГЗ; на подручју Војводине важило је мађарско право, а након тога АГЗ.

III Регулатива ретенције након другог светског рата

1. Примена правних правила из предратних прописа

Други светски рат је означио прекид континуитета са предратним правним прописима у новонасталој ФНРЈ, а касније и СФРЈ, што је непосредно предвиђено у Закону о неважности правних прописа....²⁰⁶ Чланом 4 овог закона предвиђено је да се правна правила из некадашњих предратних прописа могу надаље примењивати под одређеним условима, како не би постојао правни вакуум, до доношења нових прописа. Примена правних правила је била могућа под условом да постоји правна празнина и да правило није у супротности са Уставом тадашње државе и уставним поретком ФНРЈ (касније и СФРЈ).²⁰⁷ Суд је притом могао да изабере једно од три различита правна правила о ретенцији из наведених предратних прописа (независно од територијалног важења истих), а према критеријуму сврсисходности и усклађености са тадашњим потребама.²⁰⁸

Очигледно је да је избор конкретног правног правила условљавао различит домаћај ретенције и то: као забрањеног института; дозвољеног изузетка; или општеприхваћеног правила. Из овог разлога ћемо на овом месту укратко анализирати и друга два модела регулативе ретенције, која је суд могао да примени као правно правило из предратних прописа. Осим правног правила о казуистички признатој ретенцији из СГЗ, које смо претходно анализирали, суд је могао да примени и: правило из ОАГЗ; новелираног АГЗ или евентуално, из ОИЗ.

Међутим, иако последњи наведени пропис (ОИЗ), по општој оцени, представља најмодернију и најквалитетнију кодификацију (у конкуренцији са претходно наведеним), ретенција у њему ипак није била регулисана као опште правило. Наиме, у ОИЗ се, као и у СГЗ, ретенција само у једном случају изричито признаје (код куповине

²⁰⁶ Више о аброгацији предратних прописа и примени правних правила видети код: D., Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2000., str. 62-64.

²⁰⁷ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације, Сл. Лист ФНРЈ бр. 86/1946, 105/1947.

²⁰⁸ Одговор на ово питање могуће је дати на основу тумачења М. Константиновића, који је елиминисао поделу на одређена правна подручја при примени поменутих правних правила, те оценио да суд може у сваком конкретном случају да изабере *најадекватније*, у складу са *актуелним друштвеним потребама*. (М., Константиновић, *Стара правна правила и јединство права*, *Анали*, окт. – дец. 1957, стр. 435.). Д., Стојановић, *нав. дело*, стр. 64.

ствари од невластника у чл. 101)²⁰⁹ и у једном случају изричито забрањује (код оставе у чл. 385 ОИЗ).²¹⁰ С обзиром да је ово решење било врло слично решењу СГЗ, није необично што домаћи судови нису примењивали ово правно правило (већ правило из СГЗ).²¹¹ Стога ћемо у делу рада који следи анализирати правна правила о ретенцији из ОАГЗ и АГЗ, која садрже два супротна, а могућа приступа овој проблематици.

1.1. Правно правило о забрани ретенције у Аустријском грађанском законнику пре новела

Ово правно правило оличава првобитно решење АГЗ из 1811., у коме је у чл. 471 грађанскоправна ретенција била изричито забрањена и то: *општом нормом, у оквиру свих грађанскоправних односа. Ratio* оваквог приступа је тема којом се доктрина скоро уопште није бавила, док се нама чини врло интересантним, јер нуди алтернативни приступ ретенцији и данас. Предности таквог модела нису мале. Најпре, то је усклађеност са појединим важним начелима грађанског права, као што су: аутономија воље, начело незадирања државе у сферу приватних односа грађанскоправних субјеката, диспозиција воље странака и др. Једини податак о разлозима оваквог приступа доступан у литератури, јесте продукт историјског тумачења аустријске доктрине²¹², чија је оцена да су се: апсолутном забраном ретенције у АГЗ, настојале спречити злоупотребе које су у пракси настајале код уговора о закупу, за време важења Западногалицијског грађанског законика из 1797.²¹³

Нама се ипак чини да, генерално посматрано, поменуто „бојазни од потенцијалних злоупотреба“ могу бити изговор за нерегулисање било ког института од стране било ког законписца, те да нису довољно адекватно образложење потпуног одустанка тадашњег аустријског законодавца од једне тако важне правне тековине

²⁰⁹ Смисао ове одредбе суштински указује на забрану института стицања својине од невластника у ОИЗ, а купцу признаје само неку врсту „права задржавања“ савесном држаоцу туђе ствари, под бројним специфичним условима. Чл. 101 ОИЗ: „Ко незломислено и отворено купи на тргу (пазару), у дућану, на јавној продаји, какву покретну ствар, која је некоме погинула, *власник је може само тако од држитеља њена натраг искати, ако му накнади сав трошак који га је ствар стала* и то само док је овај није још одржајем стекао...“. Тако и: N., Planojević, Sticanje svojine od nevlasnika, Kragujevac, 2008., str. 32.

²¹⁰ Чл. 385 став 2 ОИЗ гласи: „*Хранилац није властан дану му на оставу ствар за какав било даваочев дуг задржати ни у име залога, ни у име пребијања*“.

²¹¹ Ипак, интересантно је приметити да домаћи правни писци готово уопште не помињу решење ОИЗ, као једно од некада важећих на овим просторима.

²¹² Видети више код: P., Rummel, Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten; Zur Interpretation des § 471 ABGB; Juristische Blätter, 1977/19-20, str. 521-530.

²¹³ *Protokolle des Herrenhauses*, cit, 3. Нав. према: A., Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Allgemeiner Teil, Wien, 1925., str. 363.

римског права. Логичнијим објашњењем нам се чини тадашњи став о оправданости незадирања државе у односе приватноправних субјеката.

Наслов поменутог члана АГЗ гласио је: „*О праву задржања (ретенције)*“, а у њему је законодавац поставио опште правило, којим забрањује класичну ретенцију, схваћену као средство приватне самозаштите повериоца. Ипак, он допушта својеврсно задржавање дужникове ствари до намирења обезбеђеног потраживања, али не повериоцу лично, већ посредством суда. Иако на први поглед може изгледати да је реч о нетипичној ретенцији, која се врши преко другог лица, чини нам се да је ипак реч о некој другој установи.

Творац АГЗ је тако овом одредбом *a priori* искључио могућност примене ретенције за било ког придржника туђе ствари.²¹⁴ Да ова одредба није садржала овако експлицитну забрану, можда би се и могло спекулисати да је реч о правној празнини, неразрађености института, неадекватној нормативној техници која се може допунити екстензивним тумачењем. Међутим, ово непосредно искључење примене ретенције, по нашем мишљењу, не оставља простора другачијем тумачењу, мада у доктрини постоји и другачији ставови.²¹⁵

Ипак, о неадекватности овакве опште забране института ретенције сведочи старија аустријска доктрина,²¹⁶ у којој се истиче да се тиме повређивао „исконски осећај праведности“, што је уосталом и праизвор овог института. Осим тога, очигледно се још тада осећао недостатак оваквог особеног средства самопомоћи, већ признатог у неким другим традиционално важним европским регулативама тог доба, а које је потенцијално могло ефикасно да заштити имовинске интересе повериоца. Отуд не чуде

²¹⁴ Садржина ове одредбе била је следећа: „*Како прималац залог, тако ни ма какав други придржник туђе ствари, није овлашћен да, по престанку датог му права на ствар, исту задржи због друге тражбине.* Али он може, ако наступе захтеви одређени у судском поступку, а ствар је покретна, дати ствар на чување суду и ставити на њу забрану, или ако је непокретна тражити узапћивање (секвестрацију) исте.“ § 471 АГЗ, превео: Д. Аранђеловић, Београд, Архив за правне и друштвене науке, Нова штампарија- Давидовић, 1906, стр. 63.

²¹⁵ Тако, поједини аустријски правни писци препознају ретенцију у неколицини одредаба првобитног текста АГЗ, упркос претходно наведеном општем правилу, које ретенцију експлицитно забрањује. Такође, постоје и схватања по којима је ретенција у овој регулативи била „начелно дозвољена, осим када не постоји задовољен услов конекситета“. Део доктрине закључује да је ретенција ипак била призната одређеним одредбама старог АГЗ и то: § 392 (ретенција налазача изгубљене ствари); § 403 (ретенција спасиоца туђих ствари од пропасти); § 980 ретенција послугопримца на нађеној ствари; и § 1321 задржање животиње ухваћене у штети. Видети: С., Петрић, *нав. дело*, стр. 112. Овакве ставове можемо оценити као не сасвим усклађене са општом законском нормом, као и са циљем, ком је законодавац стремио увођењем опште забране ретенција туђе ствари. Klang, Kommentar zum ABGB, I-2, Wien, 1930, str. 303. Cf. М., Деренџин, Тумаџ ОГЗ, II, Zagreb, 1880, str. 491.

²¹⁶ А., Ehrenzweig, *op. cit.*, str. 363.

покушаји појединих аутора²¹⁷ да применом екстензивног тумачења изведу закључак о „посредном признавању“ ретенције у појединим случајевима у изворном тексту АГЗ²¹⁸. Ово по нашем мишљењу није могао бити случај, из већ наведеног разлога, а то је изричито, општа забрана ретенције у овом законском тексту.

1.2. Опште правно правило о ретенцији у Аустријском грађанском законнику након новела

Решење АГЗ након новеле из 1916., представља општи модел регулативе грађанске ретенције,²¹⁹ али како доктрина наводи,²²⁰ уз строге претпоставке и бројна ограничења.²²¹ Ипак и такво решење доктрина и пракса су безизузетно оцениле као значајан напредак (у односу на решење ОАГЗ). У комбинацији са чл. 1440 новелираног ОАГЗ, створено је правило, али и постављен изузетак, тј. ситуација у којој је ретенција ипак забрањена, а то је у случају: „ствари узетих на послугу, закуп или оставу“.²²²

Битно промењеном садржином наведеног члана је отворен пут широј примени грађанске ретенције, под прецизно наведеним условима. Позитивна консеквенца тога је повећана правна сигурност, заштита поверења у правном промету, јер је коначно законом експлицитно наведено под којим тачно условима редовно долази до заснивања *опште грађанске ретенције*, какво је њено правно дејство и када она престаје.

1. *Услови за заснивање ретенције према новелираном АГЗ.* Одредбом чл. 471 предвиђени су услови, који кумулативно морају бити испуњени за настањак ретенције. Ти услови су строги, а тичу се: 1) *потраживања (пуноважно; доспело и утуживо);*²²³

²¹⁷ Videti: Z., Stipković, *Pravo retencije i neki slični instituti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br.3/1972, str. 286.

²¹⁸ § 392 и § 403 АГЗ

²¹⁹ Иако општи модел дозвољене примене ретенције подразумева знатно мање ограничења и ширу сферу примене, ипак новелирано решење АГЗ можемо свртати у ову групу решења. Тако и: S., Petrić, *nav. delo*, str. 26.

²²⁰ Z., Stipković, *nav. delo*, str. 286.

²²¹ Измењена формулација чл. 471 АГЗ гласила је: „Ко је дужан да изда неку ствар, *може да је* због осигурања својих доспелих потраживања, а због трошкова учињених на ствари или због штете која му је ствар причинила, *задржи* са дејством да може бити осуђен на издавање ствари само под условом истовремено испуњене противчинидбе („давањем из руке у руку“). Вршење права ретенције може се отклонити давањем обезбеђења; искључено је обезбеђење јемцима.“

²²² Видети: § 1440 ОАГЗ и §1109 АГЗ

²²³ Та „истовремено испуњена противчинидба“ може бити новчаног карактера, али и не мора. *Ликвидност* потраживања се поменутом одредбом такође не захтева. Видети више код: H., Klang, *Kommentar zum ABGB, I-2*, Wien, 1930, str. 544. A., Frey, *Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht*, Leipzig, 1913, str. 17.

2) ствари која је предмет ретенције²²⁴ (телесна²²⁵, покретна²²⁶, у својини: дужника или трећег лица; и 3) фактичког односа између задржане ствари и потраживања (строги материјални конектитет: само због трошкова повериоца око ствари која је предмет задржавања или због штете коју му је та ствар причинила).

Ипак, постоји и четврти услов - начин заснивања државине ретинента, који имплицитно произлази из ове норме, а последица је телеолошког тумачења. Услови који се тичу државине ретинента се најчешће у литератури²²⁷ не издвајају као засебни, већ се анализирају у контексту ствари као предмета ретенције. Ипак, они обухватају две засебне компоненте и то: 1) *обавезно постојање поседа* (државине или детенције, сходно субјективној концепцији државине прихваћеној у АГЗ); и 2) *потребне квалитете државине ретинента*²²⁸ (изражене негативно, као случајеве када је искључена ретенција). То су: а) *права, тј. неманљива државина* ретинента, изражена кроз забрану да: „предмети самовласно или лукаво присвојени“ буду предмет ретенције;²²⁹ и б) *савесна државина*.²³⁰

2. *Случајеви забране заснивања ретенције*. Предмет ретенције не могу бити ствари дате на *оставу и послугу* (због посебног односа између ових сауговорача, што је заједнички *ratio* забране). Од правила садржаног у § 1440 АГЗ, ипак је дат и

²²⁴ Више о томе код: Н., Koziol, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrecht bei nicht gehöriger Erfüllung, Österreichische Juristen – Zeitung, 1985/24, str. 737-746.

²²⁵ Ово решење је супротно од решења немачког права. А., Rušnov, Tumač, OGZ, I, Zagreb, 1893, str. 667. Cf. Krainz, Pffaf, Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 5 Auflage, I, Wien, 1913, str. 451.

²²⁶ Место у закону у коме је регулисан чл. 471 АГЗ је у оквиру дела: „зложно право на покретним стварима“. Тако и: Ј., Марковић, Грађански законик за Краљевину Југославију са кратким објашњењима, Београд, 1921, стр. 128; Спор је био присутан и у домаћој судској пракси, која је различито тумачила наведено правило: једном одлуком Врховног суда Србије из 1969., насупротив одлуци нижих судова, није призната ретенција непокретности, уз образложење да је немогућ упис ретенције на непокретности, те да изостаје публицитет. Међутим, други део доктрине оцењује да се упис у овом случају адекватно замењује активним физичким поседом задржане непокретности, који има улогу публицитета, уз аргумент да ретенција „не представља интелектуални однос према ствари, за разлику од својине, већ строго физички.“ Видети: Пресуда Врховног суда Србије, Гз. 71/69, од 5. Марта 1970. Године, Збирка судских одлука, књ. XV, св. 2, одлука бр. 157; А., Homberger, Besitz und Grundbuch, Zürich, 1938, str. 128. Cf. О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 263; С., Петрић, *нав. дело*, стр. 114.

²²⁷ Cf. R. Lorenc, *нав. дело*, str. 51-56.

²²⁸ Иако у § 471 АГЗ нису наведени, негативни услови везани за квалитете државине ретинента произлазе из других одредаба новелираног АГЗ.

²²⁹ § 1440 АГЗ: *Isto tako ne mogu se međusobno ukinuti tražbine, koje imaju za predmet raznovrsne ili određene ili neodređene stvari. Ni predmeti samovlasno ili lukavo prisvojeni, posuđeni, uzeti u pohranu ili porabu ne mogu uopće biti predmet retencije ili kompenzacije.*“ М., Вуковић, Правила грађанских закона, стр. 1116.

²³⁰ § 326 АГЗ: *“Ob einem redlichen Inhaber das Recht zustehen, seiner Forderung wegen die Sache zurückbehalten, wird in dem Hauptstücke vom Pfandrechte bestimmt.*“ Ово правило се непосредно односи на зложно право, али се по аналогiji примењује и на ретенцију. Са друге стране, *malae fidei possessor* има право потраживања, али не и право на ретенцију. С., Бранковић, *Право ретенције*, Правосуђе, бр. 7 и 8, стр. 2.

изузетак,²³¹ којим је призната *ретенција угоститеља* на стварима које је гост унео у угоститељски објекат, ради обезбеђења потраживања цене смештаја и осталих услуга.²³² Други случај забране ретенције тиче се *закупа*,²³³ а *ratio* ове забране је престанак правног основа који је давао право на посед ствари, дакле и на ретенцију.²³⁴

3. *Садржина ретенције у АГЗ*. Садржину ретенције чине узајамна овлашћења и обавеза ретинента и противника ретенције. Тако, *овлашћења ретинента* према схватању доктрине у АГЗ су: а) држање ствари (позитивно овлашћење); б) прибирање плодова у циљу смањења дуга (по аналогији са ручном залогом)²³⁵; в) одбијање повраћаја ствари (негативно овлашћење). *Обавезе ретинента* су: а) чување ствари са појачаним степеном пажње (пажња доброг домаћина); б) сношење трошкова око ствари; в) забрана употребе (антихреза). Са друге стране, основно *овлашћење противника ретенције* је: повраћај ствари по престанку ретенције. *Обавезе противника ретенције* су: а) да се уздржава од повреде повериоачевог права ретенције; и б) накнада трошкова ретиненту око ствари које је имао током трајања права задржавања.

4. *Дејство ретенције у новелираном АГЗ*. Дејство ретенције из АГЗ можемо рашчланити у два правца: 1) према дужнику и 2) према трећим лицима. *Према дужнику* ретенција дејствује као процесни одговор на захтев тужиоца за предају ствари.²³⁶ Као таква, она одражава *пасиван (дефанзиван) став ретинента*, који се приговором брани и суспендује извршење сопствене обавезе предаје ствари тужиоцу. Осим првог, могућ је и други начин реализације ретенције, *активним (офанзивним)*²³⁷ понашањем ретинента - путем противтужбе, којом ретинент захтева од суда доношење деклараторне пресуде, којом се потврђује његово право настало *ex lege*. Ретенција призната општом нормом новелираног АГЗ признала је право на задржавање ствари *искључиво као средство*

²³¹ § 970 АГЗ

²³² Овај изузетак оправдавају: теретни правни посао; непознавање лица коме се услуге чине; као и потреба за осигурањем брзе и ефикасне наплате свих потраживања угоститеља према госту.

²³³ § 1109 АГЗ: „По завршеном уговорном уговору мора употребити врати ствар према eventualno направљеном инвентару или према стању, у којем ју је преузео; закупљена земљишта пак враћају се у обичајној господарској култури с обзиром на годишње доба у коме је закуп завршен. *Ni pravo retencije* ни компензације, па ни само раније право власништва *ne mogu ga štitiiti da ne vrati stvar.*“ М., Вуковић, *нав. дело*, стр. 861; Тако и: С., Петрић, *нав. дело*, стр. 116.

²³⁴ С обзиром да се у доктрини сматра да по АГЗ право на ретенцију има само савесни држалац, несавестан је онај који зна и мора знати да више нема право на посед, услед престанка уговора који га је дотад овлашћивао на ретенцију ствари. § 334 АГЗ прописано је: „Да ли држаоцу поштеност припада право, ради искања својег задржати ствар, установљује се у поглављу о праву залога“. М., Вуковић, *Правила грађанских закона, нав. дело*, стр. 102.

²³⁵ Тако и: Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 90.

²³⁶ Ретенција се тако најчешће остварује путем процесног приговора дилаторног дејства, чији је исход пресуда на узајамно испуњење чинидбе, а не одбијање тужбеног захтева противника ретенције. Тако и: С., Петрић, *нав. дело*, стр. 26.

²³⁷ Видети: *Enciklopedija imovinskog prava...*, Tom drugi, Beograd, 1978, стр. 1278.

притиска на неуредног дужника, не и намирења.²³⁸ Дејство ретенције у АГЗ се тако исцрпљивало у задржавању ствари против воље противника ретенције, чиме се посредно исходovalo намирење обезбеђеног потраживања²³⁹.

Дејство ретенције према трећим лицима. Под трећим лицима у овом контексту подразумевају се сва она лица која нису учесници односа непосредно насталог поводом ретенције ствари. Ово дејство се огледа у чињеници да задржавање ствари спречава стицање стварних права на ствари од стране трећих лица.²⁴⁰ Ретенција у АГЗ је „осигурана“ ефективним трајањем поседа ствари, па се као таква може супротставити трећим лицима, која ретиненту истичу захтев за предају ствари и то: дужнику и његовим повериоцима; универзалним и сингуларним сукцесорима дужника; и власнику ствари који није лични дужник ретинента, али јесте дужник трошкова или накнаде штете у вези са ствари (случај када постоји материјални конекситет).²⁴¹ Ипак, ефекти ретенције у АГЗ престају покретањем извршног поступка од стране ретинента, јер он тада конкурише на наплату са осталим дужниковим повериоцима, те престанком поседа ствари он губи дотадашњу „фактичку привилегију“.²⁴²

5. Престанак ретенције према АГЗ. Два су начина престанка ретенције у АГЗ: 1) престанком потраживања (последича акцесорности ретенције) и 2) самостални престанак, невезано за опстанак потраживања. На основу тумачења одредбе § 471, ретенција може престати независно од потраживања на неколико начина.²⁴³ 1) трајним

²³⁸ Тако и: S., Petrić, *nav. delo*, str. 117; R., Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1273. Cf. A., Rušnov, *Tumač OGZ*, I, Zagreb, 1893, str. 667.

²³⁹ Закључак појединих правних писаца је да „обезбеђење, као дејство ретенције, због тога долази тек у други план“, са чиме се не можемо сложити. Cf. P., Лоренц, *нав. дело*, стр. 90. У таквој концепцији право ретенције можда још увек није схваћено као „довршено“ реално средство обезбеђења потраживања, са коначним ефектом првенственог намирења из вредности задржане ствари. Ипак, посматрано из угла крајњег ефекта ретенције као „мере“ заштите, сматрамо да је ретинент у сваком случају, докле год држи ствар, *реално обезбеђен*, иако се тај ефекат остварује на посредан начин.

²⁴⁰ F., Gschnitzer, *Sachenrecht, op. cit.*, стр. 206. За покретне ствари искључиви *modus* стицања представљала је предаја, што ретенција управо онемогућава, чиме она дејствује према прибавиоцу неког стварног права на ствари. Са друге стране, у погледу дејства ретенције на прибавиоца стварног права на непокретности овде уочавамо потенцијални проблем, с обзиром да је *modus* стицања стварних права на непокретностима упис, чега код ретенције нема, а прибавилац је савесни стицалац, јер се није могао обавестити о постојању ретенције увидом у јавни регистар непокретности. О различитим ставовима о овој теми видети: L., Guilouard, *op. cit.*, стр. 440; Cf. P., Лоренц, *нав. дело*, стр. 97.

²⁴¹ У овоме се огледа њено апсолутно правно дејство, које превазилази однос *inter partes*, будући да делује и према извесним трећим лицима.

²⁴² *Enciklopedija imovinskog prava...*, Tom drugi, Beograd, 1978, стр. 1279; P., Лоренц, *нав. дело*, стр. 100.

²⁴³ Поједини аутори издвајају само два начина самосталног престанка ретенције по АГЗ: добровољним губитком поседа и давањем обезбеђења, што по нашем мишљењу није довољно прецизно разграничење. Cf. S., Petrić, *nav. delo*, (*Престанак права задржавања*), str. 118. Други аутори у начине самосталног престанка ретенције наводе и случај недозвољене употребе задржане ствари (*furtum usus*), што је дискутабилно: наиме, ово је само једна чињеница у чињеничном скупу који евентуално доводи до престанка ретенције; тако је неопходно и обраћање суду и издејствовање одлуке да надаље друго лице ретинира ствар за ретинента. Cf. P., Лоренц, *нав. дело*, стр. 112.

губитком поседа ствари против и мимо воље ретинента²⁴⁴; 2) добровољним одрицањем од права ретенције (тј. добровољно враћање ствари власнику)²⁴⁵; 3) апсолутном (физичком) пропашћу ретиниране ствари; 4) напуштањем права својине власника на ретинираној ствари (дереликцијом); и 5) давањем другог обезбеђења (осим јемства).

6. *Правна природа ретенције према АГЗ.* Упркос постојању извесног броја теоријских покушаја да се правна природа ретенције регулисане у АГЗ објасни као врста самопомоћи,²⁴⁶ затим, као искључиво процесноправни или материјалноправни приговор,²⁴⁷ дакле као средство заштите права; ипак је доминантно схватање да је ретенција АГЗ – субјективно грађанско право. По неким мишљењима њена правна природа је претежно облигационоправна,²⁴⁸ по другима стварноправна²⁴⁹, а трећи чак одричу самосталност овог института, сматрајући ретенцију врстом законског заложног права.²⁵⁰ Наш је закључак да текст одредбе § 471 АГЗ не садржи довољно неспорних показатеља правне природе ретенције; услед тога можемо само лоцирати поједине стварноправне, као и облигационоправне елементе.

2. Стање регулативе ретенције у домаћем праву до доношења Закона о облигационим односима

1. *Различита законска решења.* Стање послератне регулативе ретенције било је сложено: а) постојали су одређени закони који су важили као *lex specialis* и непосредно се примењивали на ретенцију у *посебним* грађанскоправним односима (Закон о меници из 1946., Закон о чеку из 1946. и Закон о адвокатури из 1957.); б) *општи пропис о ретенцији није постојао*, а један материјални пропис (Закон о неважности....) је омогућавао попуњавање ове празнине применом *правних правила*²⁵¹ из некадашњих предратних прописа. У постојећој ситуацији колизије правних правила о ретенцији садржаних у некадашњим прописима, постављало се питање: које правило

²⁴⁴ Губитком поседа, ретенција престаје, али по већинском мишљењу доктрине само када је тај престанак трајног карактера. F., Gschnitzer, Sachenrecht, *op. cit.*, стр. 207.

²⁴⁵ Други случај престанка ретенције у АГЗ није експлицитно предвиђен, али је логична последица правила да сваки правни субјекат може својим правом слободно диспонирати.

²⁴⁶ А., Гамс, Стварно право, Београд, 1961, стр. 161.

²⁴⁷ Н., Klang, *op. cit.*, стр. 366; М., Planiol, *op. cit.*, р. 801; Ennecerus, Kipp, Wolff, Marburg, 1923, изд. 15-19, II-1, стр. 281.

²⁴⁸ Видети: Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 131; Тако и: В., Спајић, Стварно право, Сарајево, 1960, стр. 290; М., Вуковић, Основи стварног права, Загреб, 1950, стр. 200.

²⁴⁹ М., Бартош, *нав. дело*, стр. 128.

²⁵⁰ Ж., Перих, *нав. дело*, стр. 157.

²⁵¹ Више о „правним правилима“: Д., Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 2000, стр. 64.

применити?²⁵² Решење садржано у измењеном чл. 471 АГЗ, којим је грађанска ретенција призната општом нормом, по нашем мишљењу, представљало је најмодерније правило од три постојећа, будући усклађено са захтевом правичности, начелом савесности и поштења у правном промету и потребом за правном сигурношћу, у условима растуће потребе за различитим средствима обезбеђења потраживања.

У сфери трговачког промета могла су се примењивати правна правила садржана у некадашњим трговачким законима, али само у односима између трговаца и само у трговачким пословима. Сматрамо да се трговачка ретенција после рата могла примењивати на основу Закона о неважности..., али само на сферу трговачког промета, а не и шире (између нетрговаца).²⁵³

2. *Хијерархија извора права ретенције у некадашњем домаћем праву.* У послератном периоду постојало је више материјалних прописа којима је ретенција била парцијално уређена, тј. само у оквиру појединих грађанскоправних, односно трговачких односа. *Одсуство општег позитивног прописа о ретенцији* узроковало је недоследност судске праксе²⁵⁴, с обзиром на суштинске разлике у обиму признате ретенције у различитим правним правилима. Стога сматрамо пропустом тадашњих Врховних судова, што нису заузели начелни став о овом питању и тиме спречили овакав негативан исход, који је водио у правну несигурност.

Сматрамо да је Законом о неважности... из 1946. године у битној мери одређен редослед примене правних извора, те да су извори права ретенције двојаки: 1) *правни прописи*, који се непосредно примењују²⁵⁵ (закони који су после рата експлицитно

²⁵² Правило из старог АГЗ, које је ретенцију забрањивало; правило из СГЗ, којим је ретенција била призната тек на нивоу изузетка; или правило из новелираног АГЗ, којим је био признато опште право ретенције? По нашем мишљењу, такво је било управо опште правило о ретенцији грађанског права које је постојало у новелираном АГЗ.

²⁵³ Cf. S., Petrić, Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu, Split, 2004, str. 28. Поменута ауторка истиче да „није било правнополитичких сметњи“ да се судови позивају на решења Хрватског трговачког закона уместо на одредбе § 471 АГЗ, те да се та решења као савременија и делотворнија не прошире и на сферу непрофесионалних односа. Иако се слажемо са оценом да су решења тадашњих трговачких закона била знатно модернија од решења садржаног у § 471 АГЗ, сматрамо да није било правно могуће проширити примену трговачке ретенције на грађанскоправне односе, будући да се ове две врсте правила суштински разликују, јер сваки закон има свој домен примене: АГЗ се примењује на грађанске односе, а АТЗ на трговачке.

²⁵⁴ О недоследности тадашње судске праксе најбоље сведоче различите судске одлуке: а) којима је ретенција ускраћивана (видети збирку: Г., Никетића, Изводне одлуке Касационог суда, Београд, 1908.) и б) којима је ретенција признавана (видети збирку Ковачевића за 1926, стр. 280, у вези са § 255 СГЗ).

²⁵⁵ Ретинент је, према овим прописима, био титулар особеног права обезбеђења потраживања, које је вршило улогу притиска на неуредног дужника, али и много више – улогу средства коначног, а још важније, првенственог намирења, у конкуренцији са обичним другим повериоцима.

регулисали ретенцију у оквиру појединих правних односа: Закон о меници, Закон о чеку и Закон о адвокатури);²⁵⁶ и 2) *правна правила*, као супсидијарни правни извор.

Правно правило о грађанској ретенцији било је различито конципирано у три некадашња правна прописа и оличавала су га решења грађанске ретенције из: изворног ОАГЗ; новелираног чл. 471 АГЗ; казуистичка одредба из § 220 СГЗ и § 101 ОИЗ. Ова правила су важила у грађанској сфери промета – само за нетрговце; и иако супсидијарна у примени, представљала су базу за цивилну ретенцију. Правна правила садржана у некадашњем Аустријском трговачком закону (АТЗ), у оном делу који је нерегулисан посебним позитивним прописима, могла су бити примењена такође на основу Закона о неважности..., али искључиво у односима између трговаца, дакле са другачијом и значајно редукованом облашћу примене.²⁵⁷

IV Закључна разматрања о еволуцији ретенције у домаћем праву

Општи утисак је да је еволуција ретенције на просторима некадашње домаће државе усклађена са општим променама схватања о правном феномену задржавања ствари у циљу обезбеђења потраживања. Смер развоја овог института у домаћим условима је текао од казуистичког признавања ретенције у СГЗ у доба Кнежевине Србије; преко различитих решења на појединим правним подручјима Краљевине Југославије; до могућности да суд изабере неко од различитих правних правила о ретенцији. Могућност избора је обухватала: модел забране ретенције (у ОАГЗ); затим, модел лимитативног признавања (у СГЗ и у ОИЗ); и опште правило, којим се ретенција релативно широко дозвољавала (у новелираном АГЗ). Ова три различита решења су одраз различитих схватања законотвораца о важности овог института и последично, идеје о оправданости признавања њеног ужег или ширег домашаја у грађанскоправним односима.

²⁵⁶ Ипак, они су се примењивали као позитивни прописи ограниченог домашаја, искључиво на односе који су предмет регулисања датих закона.

²⁵⁷ Тзв. трговачка ретенција, иако „има жите у грађанском праву“ (Д., Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1968, стр. 184), свој пуни развој достигла је тек у сфери трговачког промета као модификовано *ius retentionis* римског права, али и као клица једног новог реалног права обезбеђења потраживања. Утолико је трговачка ретенција призната у АТЗ ближа ручној залози и једном стварном обезбеђењу потраживања, које „насупротив дефанзивној улози цивилне ретенције има агресивну улогу, са циљем првенствене наплате потраживања из вредности ретинираног објекта. С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 524. *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, нав. дело*, стр. 1280.

Последња фаза у генези развитка регулативе ретенције у домаћем праву не припада историји, с обзиром да је решење ЗОО²⁵⁸ и даље важеће, позитивно право, а оно означава раскид са традицијом регулативе, која је до овог прописа постојала у српском грађанском праву (а које оличава решење СГЗ). Овим је по први пут у домаћем праву постављен другачији, општи модел јединствене регулативе грађанске и трговачке ретенције, схваћене као средства притиска и намирења, дакле као реалног права обезбеђења потраживања, које трговцима и нетрговцима без разлике, обезбеђује првенствено намирење из вредности задржане ствари.

Предстојећу фазу у еволуцији ретенције српског права, тј. регулативу ретенције *de lege ferenda*, оличава решење Преднацрта грађанског законика Србије, које уређује ретенцију следећи концепт позитивног решења из ЗОО.

На основу свега претходно реченог, можемо поставити општи закључак о развоју ретенције у српском праву кроз време: *мотив* домаћег законодавца да, првобитно прихваћени, казуистички модел регулисања ретенције замени општим; тј. да некада уско интерпретиран и „неразрађен изузетак“²⁵⁹, у следећој фази прошири на ниво општег законског правила одразио је *суштинску промену у схватању важности грађанскоправних начела*, која су *ratio* института ретенције. Управо ова начела (еквиваленције узајамних давања, правичности, савесности и поштења, заштите поверења у правном промету и процесне економије) оправдавала су све шире поље примене овог института и условила низ особености ретенције позитивног права (снажније дејство института, као и *укидање дуалитета* ретенције грађанског и трговачког права).²⁶⁰

²⁵⁸ Чл. 286-289 Закона о облигационим односима Републике Србије („Службени лист СФРЈ”, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Службени лист СРЈ”, бр. 31/1993; „Службени лист СЦГ”, бр. 1/2003). У даљем тексту ЗОО.

²⁵⁹ Тако и: Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 18.

²⁶⁰ Ово решење представља одраз идеје домаћих правних стручњака о целисходности комерцијализације грађанскоправног промета. С., Перовић, Коментар закона о облигационим односима Србије, *нав. дело*, стр. 670-673.

ГЛАВА II ПОЈАМ РЕТЕНЦИЈЕ

Код радова попут нашег, који немају за циљ само представљање једног института, већ истраживање његових елемената како у временском смислу, почев од његовог настанка па до данас; тако и у просторном смислу, од државе до државе – дефиниција је нешто од чега се не полази, већ – до чега се долази. Наиме, као што је познато, правила дефинисања захтевају да се у појам института унесе како његова правна природа, односно група права којој припада; тако и елементи који представљају његову особеност (попут предмета, садржине и других специфичности) – што је тешко одредити пре извршених анализа. Ипак, пошто је уобичајено да се рад, посвећен одређеном институту, започне његовом дефиницијом – и ми ћемо поступити тако, а ову претходну напомену, која је уосталом свим теоретичарима позната, чинимо у намери да укажемо на тешкоће са којима смо се у одређивању појма ретенције на овом месту у раду сусрели.

Иако је појам ретенције централна тема ове главе, дефинисању ћемо приступити тек када решимо једно претходно питање, које је са дефинисањем тесно повезано. Реч је о одређивању за име, односно назив института. Иако се на први поглед може чинити да се ради о техничком питању, из наредног дела рада видећемо да није тако. Будући да у домаћем и у упоредном праву постоји више термина за овај институт, ми ћемо их све навести, а потом се и одредити за најадекватнији, уз одговарајућу аргументацију.

I Назив

У различитим регулативама постоје две групе термина: 1) *ретенција*, преузета из латинског (*ius retentionis*) у друге језике; и 2) превод речи ретенција на поједине језике, укључујући и наш. Тако, термини којима се у законским текстовима и у доктрини означава ово право су следећи: 1) изворни латински термин *ius retentionis*; 2) туђица *ретенција*, као посрбљена страна (латинска) реч; и 3) превод латинске речи, као *задржавање или задржање*²⁶¹ (са истим значењем као и ретенција).

Дакле, уз два нова термина, латински назив *ius retentionis* опстао је до данас, за разлику од неких његових синонима, који датирају из римског права, а нису више

²⁶¹ М., Константиновић, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 2006., чл. 233-236.

актуелни, попут: *deductio* и *pensatio*. Осим овог, опстао је и још један римски назив за ретенцију, а то је: *detentio* или „право придржаја“, како га део доктрине преводи.²⁶² Ипак, у овом последњем случају је реч о називу који је превазиђен и неадекватан, јер датира из времена када је у домаћем праву била прихваћена субјективна концепција државине, по којој је ретинент заиста био детентор, а не држалац ретиниране ствари. Придржај или притежање је дакле, институт који у савременом праву има особено, значење, због чега сматрамо да није оправдано користити га као синоним за ретенцију. Ипак, у појединим регулативама у законском називу института и даље се користи термин придржај, а пример за то је словеначки Закон о облигационим односима. У овом законском тексту је ретенција названа: „придржна правица“,²⁶³ што овај назив чини особеним у позитивном упоредном праву. Иако ретко, и у страниј доктрини се може наићи на слично терминолошко одређење. Пример за то је назив *Vorenhaltungsrecht* (право придржаја), који потиче из швајцарског права.²⁶⁴

Због суштинске неадекватности последњег поменутог термина, наше даље излагање биће усредсређено на два претходно наведена термина, а то су: ретенција и задржавање или задржање (као различити преводи назива на српски језик).

1. Назив „право ретенције“

Први термин који се користи да означи овај институт је *ретенција*, а представља туђицу, тј. посрбљавање латинског оригинала *ius retentionis*. У групу регулатива²⁶⁵ у којима је овај општепознати термин уподобљен домаћем језику, а које су предмет нашег интересовања у раду, можемо убројати следеће: француска (*droit de rétention*)²⁶⁶; италијанска (*dirritto di ritenzione*); швајцарска (*Retentionsrecht*), као и аустријска регулатива грађанске ретенције (*Retentions-rechte*.)

Предности коришћења овог термина су вишеструке: најпре, препознатљивост института на међународном нивоу; затим, потврда да савремена ретенција води порекло из римског права; као и универзалност појма, која олакшава компаративну

²⁶² М., Бартош, З., Антонијевић, В. Јовановић, Менично и чековно право, стр. 141-142; Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 6.

²⁶³ Чл. 261 *Obligacijskog zakonika Slovenije*, Uradni list Republike Slovenije, 83/01. Интернет адреса: <https://zakonodaja.com/zakon/oz>.

²⁶⁴ Р., Tuor, В., Schnyder, J., Schmidt, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995, стр. 887.

²⁶⁵ Особеност француског назива за ретенцију у односу на остале поменуте регулативе је дуго била у пореклу овог назива, који је креирала доктрина, а не законодавац. Тек након законских измена из 2006., у новелираном члану 2286 ФГЗ, садржан је назив „*droit de rétention*“.

²⁶⁶ Више о томе код: Guillaouard, L., *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896.

анализу.²⁶⁷ Коначно, овај термин (*right of retaining possession*) је усвојен и у ДЦФР-у, те би његов избор олакшао и терминолошку хармонизацију националног права са овим модел-правилима *soft law-a*, као делом „аки“- ја ЕУ.

2. Називи „право задржања“ и „право задржавања“

Другачији термин се примењује у регулативама чији су законодавци превели назив ретенција на домаћи језик, а у циљу појашњења значења речи страног порекла адресатима норме. Притом, иако начелно имају исто значење, разлика између два наведена термина: *задржање*²⁶⁸ и *задржавање*²⁶⁹, по нашем мишљењу ипак постоји, а тиче се временске димензије овог института.

Фактор трајања ретенције је важан, јер непосредно упућује на: 1) једнократност, провизорност и привременост (право задржања); или 2) континуирану могућност одбијања предаје ствари у дужем временском трајању (право задржавања). Стога, термин „право задржавања“ сматрамо адекватнијим и усклађенијим са суштином и дејством ретенције, што и јесте већинско опредељење позитивних регулатива.

С обзиром на то да овај термин има исто значење као и ретенција, предности и мане коришћења ових назива су исте у оба случаја. Једина додатна предност преведеног термина (право задржавања) у односу на страни назив ретенција је у разумљивости и приступачности домаћим правним субјектима, а нарочито лаицима. Истовремено, мана је то што преводи назива на различите језике отежавају компаративну анализу, док је термин ретенција разумљив у свим језицима света.

У групу регулатива које користе овакве називе можемо уврстити: немачку грађанску (НГЗ)²⁷⁰, немачку трговачку (НТЗ)²⁷¹ и аустријску трговачку регулативу

²⁶⁷ На овај начин се истим називом обухвата различита садржина института у појединим регулативама.

²⁶⁸ Регулative које ретенцију називају *правом задржања* су следеће: одељак 3, чл. 72-75 Закон о обвезним односима Хрватске, NN 35/05, 41/08, 125/11; чл. 275-278 Закон за облигационите односи на Република Македонија, Службен весник на РМ, бр. 18/2001; на исти начин је означаваано право ретенције и у Закону о облигационим односима федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске пре измена.

²⁶⁹ Регулative које ретенцију називају *правом задржавања* су следеће: одсек 3, чл. 293-296 Закон о облигационим односима Црне Горе, „Сл. Лист Црне Горе“, бр. 47/08, 04/11; Закон о облигационим односима Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; „Службени лист РБиН“, бр. 2/92, 13/93 и 13/94; „Службени гласник РС“, бр. 17/93 и 3/96; „*Право на задржување*“ у чл. 275-278 Закон за облигационите односи на Република Македонија, Службен весник на РМ, бр. 18/2001.

²⁷⁰ § 273-274 Немачки грађански законик из 1896. год. са каснијим изменама (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). У даљем тексту НГЗ. Интернет адреса: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

²⁷¹ § 369-371 Немачки трговачки законик (Handelsgesetzbuch - DHGB) из 1897. са каснијим изменама. У даљем тексту НТЗ. Интернет адреса: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>.

(АТЗ),²⁷² у којима се овај институт означава као *Zurückbehaltungsrecht*,²⁷³ тј. *право на задржавање*. Немачко (али и аустријско) грађанско „право задржавања“, дословно то и омогућава ретененту: искључиво задржавање, тј. право одбијања извршења чинидбе противнику ретенције, без додатног овлашћења (намирења).

Осим претходно наведених, у ову групу регулатива спада и: домаће позитивно право, које оличава решење Закона о облигационим односима (ЗОО),²⁷⁴ као и регулатива ретенције у земљама из нашег окружења, тј. у републикама из састава некадашње СФРЈ, са изузетком словеначке регулативе. Осим наведених позитивних законских текстова, назив „право задржавања“, користи се и у тексту Нацрта Грађанског законика Србије,²⁷⁵ чија је израда у току, а који оличава будуће грађанско право Србије. Истовремено, за сличан термин „право задржања“, определили су се творци нацрта Законика о својини и другим стварним правима из 2006.,²⁷⁶ као и верзије овог Нацрта из 2011.²⁷⁷, који такође представљају неке од ранијих предлога будућег стварног права Србије.

²⁷² Раније је трговачка ретенција била регулисана у Аустријском трговачком законуку - *Handelsgesetzbuch (Österreich, ANGB)* из 1862. Законским изменама из 2005. аустријска трговачка ретенција регулисана је у новом законском тексту под називом: *Unternehmensgesetzbuch (UGB)*, 2005. Internet адреса: http://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_%28UGB%29.html.

²⁷³ „Уколико дужник из истог правног односа, на коме почива његова обавеза, има доспели противзахтев наспрам повериоца, онда он у начелу може противуслугу коју дугује да одбије док му се не учини услуга која му припада“. (§ 273 НГЗ). Значење немачког термина *Zurückbehaltungsrecht*: Creifelds *Rechtswörterbuch*, С. Н. Beck'sche Verlangsbuchhandlung, München, 1997, стр. 1549.

²⁷⁴ Чл. 286-289. Закон о облигационим односима Републике Србије („Службени лист СФРЈ”, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Службени лист СРЈ”, бр. 31/1993; „Службени лист СЦГ”, бр. 1/2003). У даљем тексту ЗОО.

²⁷⁵ Друга књига: Облигациони односи, глава VI (Повериочева права и дужникове обавезе), одељак 3. „Право задржавања“, чл. 477 - 480 Преднацрта. Коначна верзија Нацрта Грађанског законика Републике Србије, доступна на интернет адреси: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>. У даљем тексту: Нацрт.

²⁷⁶ Део IX Залогa, глава Г. „Право задржања“, чл. 535-539 Нацрта. Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије (*Auf dem Wege zu einem neun Sachenrecht Serbiens*), Београд, 2007, стр. 101-102. У даљем тексту: Нацрт из 2006.

²⁷⁷ Глава Г. „Право задржања“, чл. 522-527 Нацрта. Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије, 2011. интернет адреса: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>. У даљем тексту: Нацрт из 2011.

3. Предлог назива за ретенцију *de lege ferenda*

Будући да је назив „право задржавања“ у делу доктрине оцењен као неадекватан,²⁷⁸ јер је неусклађен са признатом садржином института у домаћем (и у још неким правима), који укључује и овлашћење намирења, алтернативу представља евентуално увођење новог термина, који би представљао покушај да се надоместе недостаци претходно наведених назива.

Ово решење би значило превођење појма ретенција на домаћи језик, али уз прецизно усклађивање са садржином института за коју се законодавац претходно определио. Описна дефиниција института је, иако „гломазна“, ипак могућа. Слични примери се могу пронаћи у тексту нацрта Законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006., као и у верзији из 2011. године.²⁷⁹ Следећи ову логику, право ретенције би се убудуће могло алтернативно означити на један од три начина, као: 1) право задржавања и намирења; 2) право задржавања и условног намирења; или 3) право задржавања и евентуалног намирења.

1. Први по реду могући описни назив овог института за домаћу регулативу *de lege ferenda* („право задржавања и намирења“) прецизно изражава садржину ретенције у домаћем праву и осталим регулативама из наведене групе. Њоме се не изоставља ниједно овлашћење ретенента, што је прецизније од сада важећег назива.

2. Други по реду назив („право задржавања и условног намирења“) је можда чак и прецизнији, будући да: додатна условљеност намирења проистиче из посебне обавезе претходног обавештења дужника о намеравању продаји ретиниране ствари²⁸⁰. Ипак, терминолошки недостатак је у томе што, у крајњем, ни овлашћење задржавања није „неусловљено“; и оно је могуће и правно ваљано тек када се остваре кумулативно сви законом предвиђени услови.

3. Трећи по реду описни назив („право задржавања и евентуалног намирења“) сугерише да је основни и у пракси најчешћи учинак ретенције вршење притиска на

²⁷⁸ На неадекватност назива указивано је и раније у домаћој правној доктрини, али само на нивоу констатације, дакле без предлога адекватнијег назива. Видети: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 260.

²⁷⁹ У Нацрту (из 2006, као и из 2011. год.) се тако предлажу такође описни називи за нека права попут: „право поверене обезбеђујуће својине и право очекиване својине“ за фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења или „право задржане и очекиване својине“ за *pactum reservati dominii*. Видети више у коментару У. Drobniг-a у: *Ка новом стварном праву Србије, нав. дело*, стр. 167-171.

²⁸⁰ Видети: чл. 480 Нацрта ГЗС

дужника, а да ово право тек евентуално омогућава и овлашћење више: да намирење може, али не мора да уследи.

4. *Оцена адекватности различитих назива.* На основу свих претходних констатација, можемо оценити да од три претходно наведена, предност треба дати изразу: задржавање и намирење, јер тачно одражава садржину института у српском позитивном праву. Друга два израза (задржавање уз условно или евентуално намирење) можда прецизније одражавају неке правне односе, што је њихова предност. Ипак, они уносе бројна питања и недоумице (и код лаика и код стручњака), па је сврсисходније „жртвовати“ прецизност у термину, него учинити назив комплексним и тешко разумљивим. Коначно, термин је само име – по коме институт треба да се разликује од других, а не може се претендовати да он буде и дефиниција.

Иако слични покушаји постоје за неке друге институте (у наведеном Нацрту), ипак су детаљни описни називи института атипични, јер су прегломазни, непрактични и тешки за коришћење. Стога сматрамо адекватнијим решењем останак при досадашњем термину – ретенција (или задржавање) или евентуално, усвајање предложеног термина право задржавања и намирења. Први је традиционално познат, универзално применљив, практичан, општепрепознатљив; а предност другог назива је језичка прецизност и усклађеност са признатом садржином права у домаћем и сродним правима. Таквим решењем би био усвојен аргумент доктрине да постојећи назив не одражава у потпуности садржину института и у том смислу унапређен.

Коначно, сваки правни поредак има свој најбољи назив у складу са садржином института, а тешко је наћи универзално оптимално решење. Ако би такав стручни технички термин ипак требало одредити, онда би то била туђица – ретенција, као: кратак и јасан; општепознати, традиционални назив, који датира још из римског права; а термилошки подобан за хармонизацију различитих националних решења на регионалном нивоу, па ћемо га и ми у раду надаље користити.

4. Назив лица (субјеката) у односу насталом вршењем ретенције

С обзиром на два различита начина означавања ретенције у позитивном упоредном праву, разликују се и називи субјеката у овом грађанскоправном односу²⁸¹:

²⁸¹ Особеност регулатива англоамеричке правне традиције је употреба општег назива *lien* за врло разноврсна средства обезбеђења потраживања, због чега се последично и титулари овог права називају *носиоцима lien-a*. Субјекти правног односа насталог конституисањем *lien-a* су: *lienor* (поверилац

а) у регулативама које користе термин „право задржања“, лица у односу насталом поводом задржавања ствари називају се: *задржаоцем*²⁸² и *противником задржавања* (или просто дужником), што су и логични називи који не изазивају недоумице; б) у регулативама које прихватају термин: „право ретенције“, субјекти овог правног односа уобичајено се називају: 1) *ретинентом* и 2) *противником ретенције*; в) у појединим регулативама (или у доктрини) се не користе ови особени термини који асоцирају на ретенцију (ретинент и противник ретенције), већ се лица у овом правном односу просто називају *повериоцем* и *дужником обавезе из ретенције*. Интересантно је да ни ДЦФР не познаје особене називе за овлашћено и обавезно лице код ретенције, већ користи опште називе за сва три права реалног обезбеђења из главе IX и то: *the “secured creditor”* и *the “security provider”*, а потом за ретенцију описне називе субјеката и то: *a person is entitled* (овлашћено лице) и *owner of an asset* (власник оптерећене ствари).

Последњи називи нам се не чине најадекватнијим из више разлога.

Прво, поверилац и дужник су називи за лица која се налазе у одређеном облигационом односу, док ретенција подразумева правну везу између два лица, али нужно и непосредно поводом ствари (дакле, сугерише постојање још једног односа између истих лица, који многи виде као стварноправни). Стога, није практично називати истим називом лица која су у основном облигационом односу, поводом главног, обезбеђеног потраживања и лица која се налазе у посебном односу, насталом поводом вршења ретенције. Иако је ретенција акцесорно право (несамостално), она ипак подразумева заснивање посебног грађанског односа који је у функцији оног првог. Зато сматрамо практичним увођење посебног назива за ова два лица, упркос чињеници да је у оба случаја реч о истом лицу А и лицу Б; разлика је у томе што је лице А у првом случају само у облигационом односу у улози повериоца; а у другој ситуацији, А је истовремено и у улози повериоца главног потраживања и у „акцесорној улози“ ретинента ствари.

обезбеђеног потраживања: „*the party holding a lien*“) и *lienee* (дужник, власник задржане ствари: „*the party whose property is subject to the lien*“). Ови називи су заједнички за све категорије *lien-a* и без обзира на извор права који их регулише: *common law*, *equity law* или *statutory law*. Тако се у америчкој доктрини као примери *lienor-a* наводе повериоци различитих средстава обезбеђења као што су: *mortgage lenders; judgment holders; tax authorities* etc.) Више о субјектима права и обавеза поводом *lien-a* видети код: С. Ј., Jacobus, Т., Е. Gillett, *Georgia Real Estate: An Introduction to the Profession*, 7th Edition, Thomson, South-Western, 2007., стр. 73.

²⁸² Термин „*задржалац*“ експлицитно је предвиђен Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006. (чл. 535 ст. 1), као и каснијом верзијом овог текста из 2011. године (чл. 522 ст. 1).

Други разлог због ког сматрамо неадекватном употребу термина поверилац и дужник, за означавање титулара ретенције и његовог противника, јесте неуједначена примена назива поверилац и дужник за субјекте овог односа. У већини регулатива се повериоцем из односа ретенције назива ретинент, посматрано из перспективе права повериоца на намирење потраживања (као главног права). Ипак, могућ је и супротан приступ: назвати повериоца обезбеђеног потраживања дужником из ретенције; овде је фокус померен на обавезу предаје задржане ствари, а дужник те обавезе је поверилац из основног облигационог односа. Овај приступ постоји у НГЗ-у, те би се наведеним називима (поверилац и дужник) у упоредном праву створила забуна.

Коначно, ретенција данас несумњиво има статус самосталног правног института и то било да је регулисана као општи институт или казуистички, који завређује и особене називе за лица која учествују у правном односу насталом поводом задржавања дужникове ствари.

II Дефиниција ретенције

1. Уводно разматрање

Одређивање појма ретенције који би имао универзално важење у временском и просторном смислу²⁸³ је тежак задатак из више разлога: 1) најпре, зато што поједини законодавци познају ретенцију као институт, али је не конципирају као правило, већ је регулишу од случаја до случаја (тзв. казуистички приступ)²⁸⁴; 2) оне регулативе које ретенцију нормирају на општи начин, по правилу не формулишу њен појам, већ уређују поједине сегменте института, као што су: садржина, дејство, услови заснивања, престанак и сл; 3) њено место у законима различитих држава је различито, па нам ни систематско тумачење не олакшава подвођење ретенције под виши родни појам (*genus proximum*)²⁸⁵, што је за дефинисање неопходно; 4) законодавци различитих држава

²⁸³ Као услов за одбрану докторске дисертације из члана 13 Правилника о пријави, изради и одбрани докторске дисертације, докторског уметничког пројекта Универзитета у Крагујевцу, овај део рада објављен је у часопису са листе министарства надлежног за науку: *Pravni život*. Видети: А., Рајићевић, Појам ретенције у домаћем и упоредном праву, *Pravni život*, ISSN 0350-0500, 2015, књ. 576, бр. 10, стр. 505-521. [COBISS.SR-ID 516967356]

²⁸⁴ Овде се убрајају позитивно италијанско право и до скоро важеће француско право (до законских измена из 2006.). У ову групу регулатива бисмо могли сврстати и решења регулатива из англосаксонске породице права, у којима је ова проблематика још израженија због непостојања јасно диференцираног, осамостаљеног института ретенције, о чему је у претходном поглављу већ било речи.

²⁸⁵ У швајцарском закону одредбе о ретенцији су лоциране у стварноправном делу законика, као и у аустријском (након новеле 1916.), док су у немачком, српском и законцима земаља из нашег окружења

другачије регулишу овлашћења која чине садржину ретенције; што даље отежава утврђивање њене врсне разлике од других института (*differentia specifica*), ако дефиниција уопште треба да обухвата и садржину института, о чему постоје различита мишљења²⁸⁶; и коначно 5) постојеће доктринарне дефиниције, које би нам могле бити од помоћи при самосталном формулисању појма ретенције, су одраз различитих националних концепција.

Ипак, ма колико овај подухват био тежак, сматрамо важним утврђивање појма ретенције у циљу бољег разумевања института, као и ради откривања заједничких карактеристика ретенције у различитим регулативама²⁸⁷. На тај начин може се потенцијално открити тзв. *common core* („заједничко језгро“)²⁸⁸ појма европске ретенције *de lege ferenda*. Уједно, адекватна позитивна дефиниција овог института омогућиће нам и прецизну негативну, тј. разграничење ретенције од сродних института грађанског права.

Дефиниције ретенције у појединим прописима. Ретки су закони који правнотехнички коректно дефинишу ретенцију и то важи и за државе које ретенцију познају у виду правила, а тим пре за оне које је регулишу казуистички (где се појам и не очекује, јер ту ретенција и не постоји као општи институт). У складу са тим, ниједан закон ниједан члан не насловљава са „појам“, што није необично, јер се ради о старијим законима, а тек се у новије време, последњих пар деценија, нарочито у домаћем праву чланови именују.

Притом, не може се замерити што по правилу нема законских дефиниција, јер је техника изградње појмова сложен посао који обављају квалификовани појединци, тј. правна наука. За закон је битно, пре свега, да садржи потпуну и усклађену регулативу, из које ће наука моћи да „извуче“ материјал за дефинисање института.

ове одредбе смештене у облигационом делу законика, односно у посебном закону о облигационим односима.

²⁸⁶ Поједини домаћи аутори конципирају „апстрактни универзални појам својине“, за који наводе да је: „исти без обзира какав је објекат својине и која су њена ограничења“. Својину као: „*потпуну и тоталну власт правног субјекта на ствари*“ овај аутор назива *начелом универзалности својине*. Видети: D., Stojanović, *Pravo svojine u Evropskoj ekonomskoj zajednici. Pravni život*, vol. 40, br. 11-12/1991., str. 1167-1186; D., Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998., str. 57.

²⁸⁷ Аутори са англосаксонског правног подручја већински сматрају несврсисходним (често и немогућим) извођење овакве опште дефиниције *lien-a*. О ретким дефиницијама *lien-a* као општег назива за разнолика средства обезбеђења потраживања угроженог повериоца у виду оптерећења на имовини дужника видети: H., C., Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1968., стр. 1072.

²⁸⁸ Више о томе: D., Nikolić, *Ujedinjavanje stvarnog prava (Putevi i stranputice)*, Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, br. 3/2033, str. 297-316. У том смислу нам се чини веома значајним утврђивање заједничких елемената појма ретенције европскоконтиненталног права са једне стране и појма *possessory lien-a* са друге стране. Логично је што је управо кроз овај поступак и настало појмовно одређење *retention of possession* у DCFR.

Ипак, постоје и поједини закони који садрже коректну дефиницију, што јесте пожељно (али не и обавезно). У том смислу позитиван изузетак представљају: немачко решење²⁸⁹; решење домаћег Нацрта из 2011.²⁹⁰; а нарочито решење ДЦФР-а, које садржи готово идеалну дефиницију ретенције. Ово не чуди, јер је овај нацрт писала квалификована комисија, формирана од стране Европске уније, а састављена од најбољих стручњака, углавном професора права²⁹¹. Зато ће ово решење бити предмет наше подробније анализе у овом делу рада.

2. Појам ретенције у ДЦФР-у

А. Појам ретенције у ДЦФР-у²⁹² је општег типа, као и у доминантном моделу европских регулатива, што смо претходно оценили као сврсисходно решење. Назив института ретенције је: „право на задржавање поседа“ (*Right of retention of possession*), а дефиниција је следећа: „Када је на основу уговора или на основу закона, лице овлашћено да задржава посед ствари - против њеног власника, као обезбеђење свог потраживања, право задржавања поседа ствари доводи до настанка државинског (поседовног) права реалног обезбеђења потраживања.“

Пре свега, предност оваквог решења је у томе што је прецизан појам ретенције садржан у тексту ДЦФР-а, као наднационалном европском модел-правилу. Притом, ма које елементе укључили у садржину појма; ма како одредили дејство ретенције; предмет или услове заснивања – мора се знати шта појам института обавезно треба да

²⁸⁹ „Дужник који има доспело потраживање према повериоцу из истог правног односа из кога је настала и његова обавеза, може да ускрати дуговану чинидбу све до испуњења његовог потраживања, ако другачије није уговорено.“ У првом ставу чл. § 273 НГЗ реч је о ретенцији чинидбе, док у следећем ставу истог члана немачки законодавац нормира и задржавање дужникове ствари, на следећи начин: „Дужник предаје туђе ствари, који има доспело потраживање због трошкова око те ствари или штете коју је ствар причинила, има право да ствар задржи, под условом да је није стекао намерно учињеном недозвољеном радњом.“

²⁹⁰ Чл. 522 Нацрта из 2011.: „Право задржања је законом одређено право повериоца (задржалац) да дужникову ствар, односно хартију од вредности која је у његовој државини задржи док му се одређено или одредиво доспело потраживање не намири, и да, осим ако је ствар непокретна, то потраживање намири из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника.“

²⁹¹ Чланови Комисије која је израдила ДЦФР су: Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano и Fryderyk Zoll.

²⁹² DCFR, Subsection 4: Right of retention of possession: IX. – 2:114: Right of retention of possession: “Where under a contract or rule of law a person is entitled as against the owner of an asset to retain possession of the asset as security for a right to performance, this right of retention of possession gives rise to a possessory security right”.

Dokument dostupan na internet adresi: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

садржи. Наведена формулација оличава прави појам ретенције, што је и логично, будући да је резултат рада истакнутих професора права, као чланова Комисије.

Ова дефиниција садржи све потребне елементе за поступак формулисања дефиниције према правилима логике и то: виши родни појам (*genus proximum*) и врсту разлику (*differentia specifica*).

Прво, у појму је прецизирана њена правна природа, а то је: *акцесорно* (споредно) право, које служи обезбеђењу потраживања, као главног права. Даље, ретенција је уже одређена као *стварно* право и то: *право реалног обезбеђења потраживања*. Најуже, ретенција је дефинисана као *државинско* реално средство обезбеђења потраживања. У објашњењима и коментарима нормираних права реалног обезбеђења из књиге IX DCFR-а, творци нацрта²⁹³ су нагласили важност укључења овог особеног института у групу реалних гаранција, будући да врши обезбеђујућу функцију, као и остала ограничена стварна права на туђој ствари. Ипак, особеност његовог правног дејства је у својеврсном: „*појачавању*, до дејства правих *iura in re aliena*“.²⁹⁴

Друго, у дефиницији је садржана и врсна разлика, коју чине специфични елементи, који ретенцију издвајају од сродних права реалног обезбеђења потраживања. Тако, елементи које можемо издвојити као кључне разлике између ретенције и сличних института су следећа четири: основ настанка, предмет, садржина и субјекат.

1. *Основ настанка* ретенције је уговор или закон. Интересантно је приметити да је уговорна ретенција у појму наведена као прва могућа врста, а тек онда законска, чиме се стиче утисак да је фаворизована уговорна ретенција у односу на законску. Ово је неуобичајено решење, јер у националним регулативама ретенција по правилу настаје на основу закона, а тек изузетно на основу уговора. Уз то, и сами творци ДЦФР-а у свом коментару ове одредбе наглашавају да је ретенција право које примарно настаје на основу закона. Тако, ретенцију дужникове ствари ови аутори означавају као: *државинско (possessory)*; *претежно неуговорно (non-contractual)*, *законско* право реалног обезбеђења потраживања на покретним стварима (*ius in re*). С обзиром да је

²⁹³ Детаљно о овоме: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 5, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar and Eric Clive, Sellier European Law Publishers, стр. 5391 и даље. Доступно на интернет адреси: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols5_6_en.pdf.

²⁹⁴ Ово право обезбеђења је општег карактера, што значи да се односи на сваког потенцијалног ретинента, али како се у објашњењу истиче: нарочито на повериоца новчаног потраживања извршеног посла на покретним стварима свог дужника, за услуге као што су: контрола, поправка ствари или извршење других услуга.

једна од кључних карактеристика ретенције у доминантном моделу регулатива управо особен начин настанка - *ex lege* у ужем смислу, сматрамо да је овој другој врсти ретенције у појму ипак требало дати предност. Управо по том елементу (основу настанка) ретенција се суштински разликује од ручне залогe, као типичног уговорног права обезбеђења на покретним стварима. У сваком случају, корисним сматрамо прецизирање две могуће врсте ретенције (изведених према основу настанка) у појму института.

2. *Предмет* ретенције је прецизиран као ствар. Иако се на први поглед стиче утисак да то може бити било која ствар, систематским тумачењем ове одредбе, увиђа се да је реч само о покретним стварима. Наиме, место у ДЦФР-у на коме је регулисана ретенција – односи се на три права реалног обезбеђења, која за предмет имају искључиво покретности. У питању је глава IX ДЦФР-а, под насловом: *Proprietary security rights in movable assets*. Осим тога, нацртом је одређено и чија ствар је предмет ретенције, као: дужникова ствар, што појам овог института чини још прецизнијим.

3. *Садржина* ретенције је делимично обухваћена појмом. Од овлашћења титулара овог права у дефиницији је садржано само прво - овлашћење задржавања ствари, али не и овлашћење намирeња. Ипак, ово друго овлашћење је садржано у посебној одредби ДЦФР-а, у делу којим је уређено дејство института. На овај начин је садржина ретенције „поцепана“, као уосталом и у већини националних европских прописа о ретенцији, што не сматрамо оптималним решењем.

Адекватнији приступ одређивању појма би, по нашем мишљењу, значио обухватање целокупне садржине института у дефиницији ретенције, што би олакшало његову примену, нарочито лаицима. Ово уједно можемо оценити као једини значајан недостатак формулације ДЦФР-а. Нашу тврдњу поткрепљују и сами творци Нацрта, који у коментару ово право дефинишу као: „особено ограничено стварно право на туђој ствари (по правилу – законског, а ређе уговорног порекла), а *које обезбеђеног повериоца овлашћује на првенствено намирeње из оптерећене дужникове ствари*“.²⁹⁵ Стога је ово аргумент више за предложену допуну, укључивањем пуне садржине института у члан Нацрта који одређује његов појам.

4. *Субјекат* ретенције (титулар права на задржавање) је одређен релативно широко – као *лице*, што значи да титулар овог права може бити и физичко и правно

²⁹⁵ *Ibid.*

лице, без ограничења. Намера творца нацрта је очигледно била омогућавање примене ретенције што ширем кругу лица у улози титулара овог права.

Б. Оцена појма ретенције у ДЦФР-у. Осим претходно анализираних елемената који су оправдано садржани у појму ретенције у ДЦФР-у, сматрамо да је могуће у дефиницију укључити и још неке специфичне карактеристике, као њене врсне разлике. То су услови заснивања попут: квалитета обезбеђеног потраживања; квалитета и врсти државине; као и прецизирање врсте ствари подобне за задржавање. Ови елементи недостају да бисмо добили суштину и стекли свеобухватни увид у појам ретенције. Ипак, вероватни разлог њиховог искључивања из конципираног појма ретенције у овом Нацрту је жеља његовог творца за сажетост и истицањем кључних, али не и свих постојећих специфичних елемената појма ретенције. „Претрпаност“ дефиниције различитим елементима који нису неопходни - не доприноси јасноћи појма, што приступ творца ДЦФР-а чини оправданим.

3. Доктринарне дефиниције ретенције

Све дефиниције ретенције које је креирала доктрина неминовно се ослањају на концепцију националних законских решења. Ипак, ма колико се чинило да ће дефиниције правних писаца из исте државе бити међусобно сличне, резултат нашег истраживања је другачији - одређења се разликују по многим елементима.²⁹⁶

А. Дефиниције ретенције домаћих аутора. У овом делу рада ћемо навести неке од дефиниција ретенције у домаћој доктрини, које уједно оличавају и различите приступе дефинисању - од најсумарнијег, до најдетаљнијег.

1. Ретенција је право повериоца доспелог потраживања у чијим се рукама налази дужникова ствар да је задржи све док његово потраживање не буде исплаћено.²⁹⁷

2. Право задржавања је право повериоца да неке покретне ствари које су у његовој државини, а које припадају дужнику, задржи ради наплате свог доспелог

²⁹⁶ Предмет наше анализе у овом делу рада су дефиниције које је креирала доктрина земаља европскоконтиненталне правне традиције, будући да су оне знатно сродније домаћем појмовном одређењу ретенције. Насупрот томе, дефиниције англоамеричких аутора су по правилу нецеловите, често у доктрини критиковане као неадекватне, непрецизне и по правилу обухватају више комплексних института у оквиру општег института *lien-a* и *possessory lien-a* (по неким схватањима у *lien-e* се убрајају чак и заложна права као што су: *mortgage i pledge*, док по већинском ставу овде спадају само поседовна средства обезбеђења у ужем смислу). О критици постојећих дефиниција појма *possessory lien i right of retainer* видети детаљније код: L., E., Hall, *op. cit.*, стр. 17 и даље; E. J., Sykes, *The Law of Securities*, Sydney, 1978.

²⁹⁷ J., Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2000., стр. 341.

потраживања које има према дужнику, без обзира из ког правног односа је настало његово потраживање (из деликта, синалгаматичког уговора или другог облигационог односа).²⁹⁸

3. Ретенција је право повериоца да за своје доспело потраживање задржи дужникову ствар која му се нашла у рукама и да се, пошто благовремено обавести дужника о својој намери, наплати из вредности задржане ствари²⁹⁹.

4. Право задржавања је право повериоца, непосредно на основу закона, да дужникову ствар, која му се нашла у непосредној државини и коју је дужан да преда дужнику, задржи док му дужник не намири потраживање, као и да из вредности те ствари, а пошто претходно о томе благовремено обавести дужника, наплати своје потраживање на исти начин као и заложни поверилац.³⁰⁰

Б. Оцена наведених дефиниција ретенције. Преглед схватања домаћих аутора о појму ретенције указује на битно различите приступе дефинисању овог института. Најпре, уочавамо да ниједан од претходно наведених аутора не следи основно правило логичког дефинисања појмова, преко *genus proximum-a*, тј. вишег родног појма ретенције, што сматрамо неадекватним. Тако, ова одређења не одражавају правну природу ретенције. Ово је вероватно последица чињенице да се правна природа ретенције сматра спорном, те је део доктрине одређује као стварно, други као облигационо, а трећи као особено, мешовито право.

Даље, иако садрже неке заједничке елементе, који чине врсну разлику ретенције од сличних института, ове дефиниције не садрже све кључне, који би по нашој оцени, морали бити обавезни део појма ретенције. Тако, све четири дефиниције садрже следеће елементе: субјекте права; објекат; државину ствари и један део садржине ретенције, а то је - задржавање ствари. Свако од ових одређења претендује на прецизност у неким елементима појма ретенције, као што су: доспелост обезбеђеног потраживања (са изузетком последње наведене); предмет ретенције – покретне ствари и одсуство услова конекситета (ова два елемента прецизира само друга наведена дефиниција).

Очигледно је да ови аутори издвајају различите елементе као битне, а понеки чак претендују на свеобухватност врских разлика овог појма у односу на сличне, укључивањем свих могућих елемената овог института у дефиницију (што је случај са

²⁹⁸ С., Перовић, Коментар закона о облигационим односима, Београд, 1995., стр. 670.

²⁹⁹ З., Рашовић, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, doktorska disertacija, Београд, 1991., стр. 160.

³⁰⁰ С., Пауновић, *Право задржавања (ретенције), Ius retentionis*, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008., стр. 64.

последњом). Ипак, последица нераздвајања суштинских елемената појма ретенције од других, мање значајних је „претрпаност“ појма, што није оптимално решење. Са друге стране, битним недостатком већине претходних дефиниција (са изузетком последње) сматрамо изостављање правног основа по коме ретенција настаје, а то је – закон. Затим, суштински недостатак појединих дефиниција је други део садржине института, а то је право намирења. Коначно, као ману видимо и употребу термина: право да *задржи*, уместо задржава (у континуитету), чиме се не подвлачи трајност заснованог права, што је иначе значајна, временска димензија овог института.

Анализирајући ове, али и бројне друге дефиниције ретенције у литератури, можемо уочити одређене правилности, али и одступања у приступу овој проблематици, те сва доктринарна појмовна одређења ретенције можемо разврстати на више група, применом различитих критеријума.

3.1. Подела дефиниција ретенције у доктрини према различитим критеријумима

Пет критеријума према којима ћемо поделити све доктринарне дефиниције из држава које чине наш истраживачки узорак су: 1) квалификација правне природе ретенције у њеном појмовном одређењу; 2) садржинска обухватност дефиниције; 3) ширина дефиниције с обзиром на предмет задржавања; 4) истицање временске димензије ретенције; и 5) одређивање функције ретенције.

3.1.1. Подела дефиниција ретенције према квалификацији њене правне природе

Према првом критеријуму, а то је квалификација правне природе ретенције правни писци у домаћем и упоредном праву ретенцију одређују на један од два начина: а) као право³⁰¹ или б) као овлашћење.³⁰²

³⁰¹ У следећој *домаћој литератури* (под чиме подразумевамо и писце из некадашње СФРЈ, којој је Србија припадала) ретенција се дефинише *као право*: Pravna enciklopedija, Beograd, 1979, str. 454; Enciklopedija imovinskog prava..., Tom drugi, Beograd, 1978, str. 1272; Лексикон грађанског права, Београд, 1996, str. 167; Pravna enciklopedija 1, Beograd, 1985, str. 527; В., Vizner, Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2, 1978, str. 1138; R., Lorenc, *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966, str. 24; Z., Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, doktorska disertacija, Beograd, 1991, str. 160; А., Гамс, Основи стварног права, Београд, Београд, 1971, str. 192; Kapor, V., Antonijević, Z., *Privredno pravo, Poslovi robnog prometa, Zavod za izdavanje udžbenika Narodne Republike Srbije*, Beograd, 1960, str. 55; М., Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009, str. 93; ; Н., Платојевић, *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012, str. 420; Z. Petrović, V., Kozar, *Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u privredi*, Beograd, 2009, str. 83; О., Станковић, М., Орлић, *Стварно право*, Београд, 1996, str. 261; I., Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Službeni glasnik, 2008, str. 280; J., Гуцуња, *Правна дејства права*

Сумарни преглед дефиниција у литератури оставља утисак преваге одређења ретенције као права, како у домаћем, тако и у упоредном праву, док се за ретенцију као овлашћење већински опредељују страни аутори. Ово је објашњиво за правне писце из оних регулатива које ретенцију уређују казуистички, а то су углавном француски и италијански аутори. Међутим, одређење ретенције као овлашћења сматрамо необичним опредељењем већине хрватских аутора, чији национални законодавци ретенцију нормирају као општи институт, а чак је и у закону означавају као „*право задржања*“.³⁰³ Овакво недвосмислено законско одређење, по нашем мишљењу, не оставља недоумица да је у питању особено субјективно грађанско право, а не овлашћење.³⁰⁴ Ипак, могуће објашњење употребе термина овлашћење за ретенцију у литератури је и учестало погрешно колоквијално означавање права – термином овлашћење.

У сваком случају, можемо закључити да је одређење правне природе ретенције, бар у овом минималном обиму, први неопходан елемент дефиниције, што и јесте доминантан став доктрине.

3.1.2. Подела дефиниција ретенције према садржинској обухватности

Иако би се могло помислити да ће дефиниције ретенције појединих аутора, који потичу из истих правних система, бити једнаке у садржинском смислу, те да ће они

задржавања према закону о облигационим односима, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 11/1979, стр. 20; V., Bilbija, *Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu*, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-5/2011, стр. 89; С., Пауновић, *Pravo zadržavanja - retencije (Ius retentionis)*, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008, стр. 64. У следећој *страној литератури* се ретенција дефинише као *право*: Crome, Dernburg, Schollmeyer, nav. prema: A. Breuer, *Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Bonn, 1904, стр. 3; D., Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, *Pravni život*, br. 10/2013, str. 530; N., Gavella i dr, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 898.

³⁰² У следећој литератури се ретенција означава као *овлашћење*: M., Volmer, *Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes*, 1895, стр. 11; A., Coppel, *Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers*, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896, стр. 12; P., Basso, *Il diritto di ritenzione*, Giuffrè Editore, 2010, стр. 32; M. Vedriš, P., Klarić, *Грађанско право, Опći dio имовинског права, стварно, обвезно и наслједно право*, Zagreb, 1976, str. 416; S., Petrić, *Институт права ретенције у хрватском и успоредном праву*, Split, 2004, str. 15; I., Kaladić, *Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora*, *Pravo i porezi*, br.8/2000, str. 24; J., Čuveljak, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, *Pravo i porezi*, br. 6/09, str. 41; Stipković, Z., *Pravo retencije i neki slični instituti*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII – br.3/1972, str. 285.

³⁰³ M. Vedriš, P., Klarić, *Грађанско право, Опći dio имовинског права, стварно, обвезно и наслједно право*, Zagreb, 1976, str. 416. Cf. “*Pravo zadržanja*” (odjeljak 3) čl. 72-75 ZOOH

³⁰⁴ Део доктрине назива ретенцију „овлашћењем“, а једно од њених овлашћења (намирење) назива „правом намирења. Видети: S. Petrić, *op. cit.*, стр 15. По нашем схватању оваква терминологија је неадекватна јер: не садржи овлашћење у себи право, већ обрнуто. Пошто ће ово питање касније у раду (у оквиру правне природе ретенције) бити детаљно обрађено, засад ћемо само констатовати да, генерално посматрано, преовладава број аутора који ретенцију одређује као право, у односу на другу групу аутора која је дефинише као особено овлашћење. У мањини су они аутори који ретенцију не сматрају правом, чак ни материјалноправним овлашћењем, већ је називају само *могућношћу, тј. средством за заштиту права*. D' Avanzo, 1969, *op. cit.*, стр. 174; P., Basso, *op. cit.*, стр. 32.

дефинисати ретенцију кроз њена ефективна дејства призната у конкретној регулативи, компаративна анализа ипак илуструје супротно. Ситуација у правној теорији је, међутим, знатно компликованија: а) аутори кроз своја појмовна одређења ретенције често изражавају и лични став о правној природи ретенције, чак независно од садржине норме домаће регулативе; б) неки правни писци у дефиницији наводе само једно овлашћење које чини садржину ретенције (задржавање), али изостављају друго (намирење), упркос правној норми националне регулативе; и в) најређа су појмовна одређења која доследно интерпретирају национални законски текст и уједно целовито дефинишу ретенцију уз оба законом призната овлашћења.

3.1.3. Подела дефиниција ретенције према ширини одређивања предмета задржавања

Према предмету задржавања, као значајном елементу појма ретенције, све дефиниције у доктрини можемо поделити на три групе: у првој, која је у већини, као предмет задржавања наводи се *дужникова ствар*; у другој групи као предмет задржавања истиче се *сопствена чинидба*; а у трећој групи дефиниција су оне које као предмет ретенције наводе кумулативно: *дужникову ствар*, али и *чинидбу*.

У *првој групи* дефиниција налазе се оне које се непосредно ослањају на текст конкретне законске норме која редукује предмет ретенције на *дужникову ствар* и не даје повода другачијем тумачењу и ту спада већина дефиниција аутора са наших простора.³⁰⁵

У *другу групу* дефиниција спадају оне које ретенцију одређују као „*задржавање дуговане чинидбе* док се ретиненту не пружи противчинидба“, а то су углавном дефиниције немачких правних писаца³⁰⁶, које адекватно одражавају став немачког законодавца да је првенствени предмет ретенције сопствена чинидба, а тек потом и предаја дужникове ствари³⁰⁷.

³⁰⁵ Ј., Гуцуња, *нав. дело*, стр. 20; С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 64; Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 420; З. Рашовић, *нав. дело*, стр. 160; Д., Медић, Заложно право, *нав. дело*, стр. 54; *Pravna enciklopedija* 1, Beograd, 1985, стр. 527; В., Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, 1978, стр. 1138; I., Kaladić, *нав. дело*, стр. 24; V., Bilbija, *нав. дело*, стр. 89; Kapor, V., Antonijević, Z., *нав. дело*, стр. 55; M., Lazić, *нав. дело*, стр. 93; ? J., Radišić, *нав. дело*, стр. 341; O., Stanković, M., Orlić, *нав. дело*, стр. 261; Z., Stipković, *нав. дело*, стр. 285; *Leksikon građanskog prava*, *нав. дело*, стр. 167; J., Čuveljak, *нав. дело*, стр. 41; A., Gams, *нав. дело*, стр. 192; Petrović, Kozar, *нав. дело*, стр. 83; S., Cigoj, *нав. дело*, стр. 224.

³⁰⁶ M., Volmer, *op. cit.*, стр. 11; A., Coppel, *op. cit.*, стр. 12; Crome, Dernburg. *Cit. to: A., Breuer, op. cit.*, стр. 3-4.

³⁰⁷ § 273 НГЗ. Ове дефиниције одражавају особеност немачке грађанске регулативе која ће касније у раду бити детаљније анализирана.

У трећу групу дефиниција бисмо могли сврстати свега неколико постојећих у литератури³⁰⁸, а којима је циљ да изнађу све потенцијалне предмете ретенције и обухвате их јединственом дефиницијом. Стога је њима предмет ретенције постављен на најшири начин. У наведеним појмовним одређењима ретенција се дефинише као право повериоца да „задржи дужникову ствар, а евентуално и да ускрати испуњење дуговане чинидбе, док му дужник не испуни тражбину“.³⁰⁹

3.1.4. Подела дефиниција ретенције према одређењу временског трајања права

Насупрот већини дефиниција, које не истичу дужину трајања ретенције, чији је престанак по правилу условљен измирењем дуга (или евентуално давањем другог обезбеђења), постоје и оне чији аутори инсистирају на својству *провизорности* ретенције. Осим у доктрини, овакво схватање ретенције постоји и у домаћој судској пракси у чијим се одлукама, као и у образложењима истих, инсистира на својству *привремености* ретенције.³¹⁰

Применом наведеног критеријума, дефиниције ретенције можемо поделити у две групе: 1) оне које не наводе дужину трајања ретенције; и 2) оне чији аутори инсистирају на краткотрајном, привременом трајању ретенције.³¹¹ Ову карактеристику сматрамо важном, јер аутори друге групе дефиниција, између осталог и на основу овог својства, изводе закључак о правној природи ретенције (као праву слабијег, облигационог дејства). Нама се чини да је одређење ретенције као права привременог дејства неадекватно, имајући на уму чињеницу да ретенција итекако може да траје у времену, чак теоријски посматрано и неограничено³¹², ако је такво фактичко стање у складу са интересима повериоца и дужника. Из тог разлога, другу групу дефиниција можемо оценити као мање адекватну.

³⁰⁸ Лексикон облигационог права, *нав. дело*, стр. 280; Enciklopedija imovinskog prava и удруженог рада, *нав. дело*, стр. 1272; I., Babić, Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija, Sarajevo, 1985, str. 262.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ „Право задржавања је право повериоца да *привремено* задржи дужникову ствар све док дужник са своје стране не намири потраживање титулара права задржавања“. Из пресуде Врховног суда Србије, Прев. Бр. 406/05 од 23. 11. 2005. Год. Збирка актуелне судске праксе- Облигационо право, одлука бр. 770, приредила Г., Станојчић, Београд, 2008.

³¹¹ На својству „привременог дејства ретенције“ инсистирају следећи страни аутори: N., Catala-Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, Revue trimestrielle – elle de droit civil, 1967, стр. 25; M., Volmer, *op. cit.*, стр. 11-12; такође и следећи домаћи правни писци: P., Лоренц, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, *нав. дело*, стр. 1272; Лексикон облигационог права, *нав. дело*, стр. 280; И., Бабић, *нав. дело*, стр. 262.

³¹² Тако и код: O., Станковић, M., Орлић, *нав. дело*, стр. 266.

Коначно, трајање ретенције, као временска димензија појма, представља једно од значајних обележја њеног појма. Стога, сматрамо да би било корисно за будућу регулативу прецизирати у закону да је ретенција трајно право – континуираног задржавања дужникове ствари до намирења.

3.1.5. Подела дефиниција ретенције с обзиром на одређеност њене функције

Одређивање функције ретенције у појму није већинско опредељење доктрине, али по нашем мишљењу јесте сврсисходно и то не само ради бољег разумевања сврхе овог института, већ и у циљу лоцирања адекватног места за ретенцију у једном правном систему, тј. ради сврставања ретенције под виши родни појам (*genus proximum*). У првој и већинској групи дефиниција, налазе се оне које се овим питањем не баве у оквиру одређења појма ретенције; док се у другој групи налазе оне које ретенцију функционално опредељују.

Дефиниције из друге групе можемо даље систематизовати према вишем родном појму у који сврставају ретенцију, а то су следеће подгрупе: 1) ретенција као средство обезбеђења³¹³; 2) ретенција као средство самозаштите³¹⁴ и 3) ретенција као средство самозаштите и обезбеђења потраживања кумулативно³¹⁵. Оно што сматрамо предношћу ових дефиниција је прецизирање улоге института; као и решење проблема налажења адекватног места за ретенцију у конкретном правном систему, што иначе представља заједнички проблем готово свих анализираних регулатива.

1. Квалификација ретенције *као права обезбеђења* адекватна је јер открива њену акцесорну сврху и лоцира је у групу средстава обезбеђења потраживања, а још конкретније - у групу средстава реалног обезбеђења (ретенција је дакле, стварно право).

2. Са друге стране, предност дефиниција које као виши родни појам ретенције одређују *средства приватне самозаштите* је наглашавање аутентичности механизма реализације заштите повериочевих угрожених интереса. Овакав приступ дефинисању ретенције нарочито је заступљен у италијанској доктрини.³¹⁶ Међутим, оно што је по

³¹³ А., Breuer, *op. cit.*, стр. 4; Z., Stipković, *op. cit.*, стр. 285; А., Gams, *nav. delo*, стр. 192; S. Cigoj, *op. cit.*, стр. 224.

³¹⁴ P., Basso, *op. cit.*, стр. 32.

³¹⁵ N., Planojević, *nav. delo*, стр. 420; D. Medić, *Pravo retencije*, стр. 530; D., Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, стр. 171.

³¹⁶ L. Mezzanote, *op. cit.*, стр. 21; А., Barba, *Voce Ritenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, стр. 1376; F., Semiani – Bignardi, *Ritenzione o no*, *Rivista di diritto processuale*, 1962, стр. 5; Gardani,

нашем мишљењу проблематично у овој групи дефиниција, је чињеница да поменути аутори ретенцију означавају искључиво као средство самозаштите; тј. по правилу је *редукују само на средство за заштиту права*³¹⁷, често јој негирајући својство - права.

3. Из претходно наведених разлога, трећу групу дефиниција ретенције, по којима се овом институту признаје *двострука улога*: функција права обезбеђења потраживања и средства самозаштите кумулативно, можемо означити као целовиту и стога – најадекватнију.

3.2. Доминантни начин дефинисања ретенције у доктрини

На основу прегледа различитих приступа при дефинисању појма ретенције, у оквиру нашег истраживачког узорка, можемо закључити какав модел дефиниције преовладава у домаћој и упоредноправној литератури. Применом 5 критеријума, на основу којих смо претходно извели поделе свих дефиниција ретенције, можемо оценити да доминантна дефиниција ретенције у литератури има следећа обележја: 1) ретенција се одређује као право; 2) појам укључује садржину ретенције; 3) као предмет ретенције означава се *дужникова ствар*; 4) *не истиче се временска димензија*; и 5) *не одређује се функција* ретенције у дефиницији.

Тако је доминантни (најраспрострањенији) тип дефиниције ретенције у литератури следећи: *ретенција је повериочево право на задржавање дужникове ствари до испуњења потраживања од стране дужника*. Оно што сматрамо адекватним у дефиницији овог типа јесте: 1) квалификација ретенције као права (а не као овлашћења) и 2) означавање предмета; субјеката; и садржине ретенције у појму; 3) ненавођење „привремености“ њеног трајања (јер ретенција се врши све до намирења потраживања, без постојања временског ограничења).

Са друге стране, као највеће недостатке можемо оценити следеће елементе: непрецизирање *genus proximitatis*-а ретенције, односно њене правне природе, а тиме и занемаривање њене функције у систему права.

D. L., Voce Ritenzione, in Digesto delle discipline privatistiche- sezione civile, Torino, Utet, vol. III, 1998, стр. 65; P., Basso, *op. cit.*, стр. 32; F., Messineo, Manuale di diritto civile e commercial, Milano, Giuffrè, стр. 152.
³¹⁷ *Ibid.*

4. Предлог дефиниције ретенције

1. На основу компаративне анализе различитих законских текстова; дефиниција постојећих у доктрини, као и на основу правила логике о дефинисању, можемо извести дефиницију ретенције, која је адекватна само за конкретан правни систем - домаћи, с обзиром на различиту садржину ретенције у различитим регулативама. Ова дефиниција би морала бити одређена према правилима логике, тј. преко вишег родног појма ретенције (који оличава њену правну природу и указује на правно дејство); и врсне разлике – која треба да садржи неколико кључних елемената, као мерила за разликовање ретенције од сличних института истог рода.

Наш предлог дефиниције ретенције, која се може извести из домаћег позитивног права, гласи: Ретенција је реално право обезбеђења потраживања, које настаје на основу закона и овлашћује повериоца (ретинента) доспелог, неизмиреног потраживања на задржавање дужникове ствари коју већ има у рукама до његовог намирења; као и на намирење из вредности те ствари, под законом предвиђеним условима.

Ова дефиниција је, по нашем мишљењу, адекватна за домаће право из следећих разлога: 1) поштује правила логике у дефинисању правних појмова одређујући првенствено виши родни појам ретенције као – особено стварно, државинско право обезбеђења потраживања (право акцесорног карактера, са обезбеђујућом функцијом); и 2) прецизира кључне врсне разлике ретенције у односу на друга права обезбеђења. У те специфичне елементе појма ретенције укључени су: а) *пуна садржина*: овлашћује на *задржавање* дужникове ствари коју поверилац већ има у поседу, али и више од тога: и на намирење из њене вредности; б) *временска димензија*: временски неограничено овлашћење задржавања (до коначног намирења); в) *предмет* (ствар); г) *субјекти*: поверилац - ретинент; и дужник - власник задржаване ствари - противник ретенције; д) *особена техника реализације*: иницијално се реализује приватним путем – задржавањем ствари, чију предају дужник тражи, што оличава својеврстан вид самопомоћи; и њ) *правни основ* заснивања – закон у ужем смислу (што значи да је ово право обезбеђења специфично и различито од сличних права, а нарочито од уговорне залогe, јер не настаје у складу са вољом дужника – већ независно од његове воље).

Остала обележја овог института нису укључена у ову дефиницију, као њени елементи, у циљу сажетости и јасноће појма, као и с обзиром на то да ће поједини

спорни елементи³¹⁸ овог института тек бити предмет наше детаљне анализе у раду, након чега ћемо моћи да формулишемо свој коначни предлог појма ретенције за српско право *de lege ferenda*.

2. Други (универзални) појам ретенције је знатно комплексније формулисати, јер има за циљ да објасни ретенцију као правну појаву у свим правним системима, на апстрактан начин, како би био општеприменљив. С обзиром да је садржина ретенције (као и других правних института) временски и просторно променљива категорија, њу би тада требало изоставити при дефинисању, у циљу постизања трајности, апстрактности и непроменљивости појма. Осим тога, овакав појам би неминовно искључио и друге елементе који чине врсту разлику ретенције у односу на друге институте, чиме би се изгубила прецизност појма.

Таква дефиниција би евентуално могла гласити: *ретенција је право на задржавање дужникове ствари уз одбијање њеног повраћаја у циљу вршења притиска на њега, зарад исходавања намирења потраживања*. Таква дефиниција би била толико уопштена, да не би сасвим одговарала ниједном позитивноправном моделу ретенције, али би означила базичну сврху ретенције у свим правним системима, почев од настанка у римском праву до данас.

³¹⁸ То се нарочито односи на услов конекситета између задржаване ствари и обезбеђеног потраживања; на врсту ствари која је адекватан предмет ретенције; као и на начин намирења ретинента из вредности задржане ствари.

ГЛАВА III ВРСТЕ РЕТЕНЦИЈЕ

Ретенција има толико појавних облика да се у делу италијанске доктрине³¹⁹ чак констатује да је немогуће говорити о једном јединственом типу, већ о „*мноштву различитих права ретенције*“. Италијански и француски казуистички начин регулисања ретенције иду у прилог оваквој констатацији, али ипак и тамошња доктрина сматра да је чак и из таквих хетерогених норми могуће „извући“ елементе општег појма ретенције (насупротив неким посебним облицима, са специфичним карактеристикама).

Већ овакво разликовање сугерише основну поделу ретенције на врсте: општу и посебну ретенцију, али то је само један од могућих критеријума разликовања. Прегледом доктринарних ставова о врстама ретенције, уз конципирање неких нових критеријума за поделу, можемо издвојити 11 различитих подела ретенције. Притом, наглашавамо да листа назначених критеријума иако разноврсна, није и коначна³²⁰, те да је могуће креирати и нове врсте ретенције у перспективи.

I Критеријуми за поделу ретенције на врсте

Најзначајније доктринарне поделе ретенције на врсте, које можемо извести на основу 11 изабраних критеријума, су следеће: 1) *Законска и уговорна*,³²¹ а критеријум за ову поделу је *правни основ настанка ретенције*; 2) *Општа и посебна*, према критеријуму: да ли у конкретној регулативи тај тип ретенције има *значај правила или изузетка*.³²² 3) *Грађанска и трговачка*, а критеријум за поделу је: *сфера промета у којој се примењују ови модалитети*.³²³ 4) *Редовна и ретенција у нужди*, према критеријуму *доследности потраживања*, као услова за заснивање ретенције; 5) *Обична и квалификована*³²⁴ *ретенција*, према критеријуму *садржине овлашћења* признатих ретиненту. Обична ретенција овлашћује ретинента само на задржавање, а

³¹⁹ P. Basso, *Il diritto di ritenzione*, Giuffrè Editore, 2010, стр. 31. Овај аутор назначену дилему потврђује насловом одељка 2.1. своје монографије: „*Il diritto di ritenzione od i dirritti di ritenzione?*“

³²⁰ На овом месту је важно напоменути да англосаксонско право познаје мноштво различитих критеријума за поделу *possessory liena-a*, што је институт који није у свему пандан ретенцији континенталног права, али који са њом има највише сличности.

³²¹ Ову поделу ретенције наводи: Z., Stipković, *nav. delo*, стр. 287.

³²² По правилу, посебни облици ретенције не задовољавају неки од услова који су предвиђени општим појмом или пак предвиђају строже услове за заснивање у односу на општу ретенцију.

³²³ Ипак, ова линија разликовања не постоји у свим регулативама, као што су швајцарска, домаћа и регулативе земаља из нашег окружења).

³²⁴ У питању је терминологија немачког аутора M., Volmer-a, *op. cit.*, стр. 45.

квалификована подразумева задржавање и намирење. Другачије се у доктрини назива и: *чистом и развијеном*³²⁵ ретенцијом; 6) *Ретенција у ужем и у ширем смислу*³²⁶, према критеријуму да ли се као *објекат ретенције одређује ствар или чинидба* (што је подела која се донекле поклапа и са поделом на стварноправну и облигациону ретенцију; 7) *Класична ретенција* и тзв. *pignus gordianum*,³²⁷ према критеријуму да ли ретенција ствари настаје примарно или се надовезује на претходно засновано уговорно заложно право; 8) *Стварноправна и облигациона ретенција*, према критеријуму правне природе, у регулативама које познају оба облика ретенције.³²⁸ 9) *Судска и вансудска*, према критеријуму начина реализације ретенције: у судском поступку, путем улагања процесног приговора, као одговора на реивиндикациони захтев тужиоца (или у форми противтужбе); или мимо суда, као фактичко одбијање предаје ствари на захтев власника или трећег лица; 10) *Материјална и формална*³²⁹, према аспекту који се посматра: ретенција као право (односно материјално овлашћење) или као процесно средство за заштиту права; 11) *Материјализована и дематеријализована ретенција*, према критеријуму неопходности поседа материјалне ствари као објекта ретенције.

У делу рада који следи, сагледаћемо карактеристике свих врста ретенције изведених на основу претходно наведених критеријума. Интересантно је приметити да у оквиру сваке поделе прва наведена врста ретенције фигурира као доминантна у пракси, док друга има значај изузетка.

1. Законска и уговорна ретенција

Ове две врсте ретенције изведене су применом критеријума правног основа по ком ретенција настаје. У свим регулативама законска ретенција се нормира као правило, а тек поједине помињу и уговорну ретенцију, као изузетак. Из овог разлога ће законска ретенција бити предмет нашег даљег детаљног разматрања у раду, али на овом месту је важно указати и на уговорну, као атипичну, али могућу врсту.

Тако, можемо издвојити две групе држава: 1) оне које изричито дозвољавају уговорну ретенцију; и 2) оне које је не помињу. Прва група је малобројна, њу оличава,

³²⁵ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, str. 15.

³²⁶ Ову поделу ретенције наводе: сви немачки аутори; Z. Stipković, *nav. delo*, str. 287.

³²⁷ Ову поделу не срећемо у литератури, али је сматрамо могућом.

³²⁸ Тако, швајцарско право разликује стварноправну ретенцију, као правило и облигациону, као изузетак. У већини осталих регулатива не постоје две врсте ретенције, већ једна, чија се правна природа у доктрини различито квалификује.

³²⁹ Ову поделу наводи: С. Бранковић, *нав. дело*, стр. 521.

пре свега, решење ДЦФР-а,³³⁰ али и швајцарско право (тзв. уговорна облигациона ретенција). У ДЦФР-у је ово основна линија поделе, па се већ у дефиницији ретенције наводе два могућа основа њеног настанка: уговор и закон (у ужем смислу). Ово решење можемо оценити као сврсисходно, јер је њиме недвосмислено дозвољено уговарање ретенције, као алтернатива законском праву задржавања, а у складу са начелом диспозиције и аутономије воље странака.

Чињеница да регулативе из друге (доминантне) групе уговорну ретенцију експлицитно не регулишу, истовремено значи и да је не забрањују, те сматрамо да је она у њима - могућа. Међутим, питање које овде можемо означити као спорно је следеће: које су границе дозвољеног уговарања ретенције? Ова околност условила је и доктринарно разматрање уговорне ретенције, као атипичног модалитета овог института и то: питање њене оправданости, потенцијалне садржине, услова под којима би могла бити дозвољена и других специфичних разлика, по којима би одступала од законске ретенције.

Важно је нагласити да је ово питање спорно само када су у питању регулативе европскоконтиненталног права, а не и англоамеричког. Ова друга велика породица права познаје више могућих извора ретенције, сходно прихваћеним паралелним изворима грађанског права генерално, те се тако разликује: 1) *common law lien* (најсличнији ретенцији, будући стриктно везан за посед ствари),³³¹ 2) *equity law lien*³³²; 3) *judicial lien*³³³; 4) *statutory lien*³³⁴ и 5) *contractual lien*³³⁵. С обзиром да је предмет

³³⁰ Видети: ДЦФР, X. – 2:114: Right of retention of possession: „Where under a contract or rule of law a person is entitled...“.

³³¹ Конкретно, у доктрини се истиче да су следеће врсте најсличније ретенцији европскоконтиненталног права: *lien* неисплаћеног продавца робе; *lien* агента (банке, брокера, адвоката и сл.); и *lien* складиштара. Осим тога, они су настали из потреба пословне праксе, те се везују за покретне ствари (робу) баш као и у европскоконтиненталним правним системима. Највећу сличност показују са ретенцијом оног модела европских регулатива које ово средство обезбеђења потраживања редукују на могућност неиздавања ствари на захтев дужника. Ови *lien-i* се деле на две подврсте: посебне и опште. Кључна разлика између првих и других је у услови конекситета. Ипак, ови *lien-i* су данас непосредан извор права обезбеђења само у ситуацији изостанка законског правила. Више о појединим облицима посебних (*particular*) *possessory lien-a* видети код: E. Baskind, G. Osborne, L. Roach, Commercial Law, Second Edition, Oxford University Press, 2016., стр. 137 и даље; Lavine, *op. cit.*, стр. 511 и даље; Sykes, *op. cit.*, стр. 560. О тзв. *maritime lien-ima* видети опшрно код: G. Price, The Law of Maritime Liens, London, Sweet & Maxwell, 1940.

³³² *Equity law lien-i* (тзв. *charging liens*) представљају важно одступање од услова поседа, као услова *sine qua non* европскоконтиненталног концепта. Са друге стране, овакав концепт омогућио је: проширење објекта ове врсте *lien-a* и на непокретности; ојачао дејство обезбеђења, дајући повериоцу и право намирења из вредности задржаног, за разлику од *common law lien-a*. Sykes, *op. cit.*, стр. 565. О различитим типовима *equitable lien-a* у земљама англосаксонске правне традиције видети више код: S., Petrić, *nav. delo*, str. 129-131.

³³³ У питању је модалитет *lien-a* који настаје на основу судске одлуке (или акта другог органа власти). По правилу се везује за непокретности као објекат чијим се задржавањем обезбеђује ненамирено потраживање, а чији се публицитет остварује уписом у посебне јавне регистре. Више о томе видети код: Lavine, *op. cit.*, стр. 612.

нашег интересовања у раду превасходно ретенција настала у римској правној традицији, у која спада и домаћа концепција, даље ћемо у оквиру ове поделе анализирати само законску и уговорну ретенцију (којима начелно одговарају четврта и пета врста из англосаксонског права, тзв. *statutory u contractual lien*).³³⁶

Други (алтернативни) називи за ове две врсте ретенције који се користе у литератури³³⁷ су: *добровољна (ius retentionis voluntarium)* и *принудна ретенција*³³⁸ (*ius retentionis legale*). Назив добровољна ретенција чини нам се адекватнијим од назива уговорна, јер је шири, па као такав обухвата уговорну (*ius retentionis conventionale*), али и тестаменталну ретенцију (*ius retentionis testamentarium*).³³⁹

1.1. Уговорна ретенција

Домаћи ЗОО спада у другу наведену групу регулатива, које не помињу експлицитно овај модалитет ретенције. Будући да уговорна ретенција није законом забрањена, сматрамо да је могућа, али спорно је под каквим условима, тј. која су одступања од законске ретенције дозвољена, а која не. Чини се да је спор у доктрини последица различитих схватања аутора о врсти грађанскоправне норме, која је садржана у чл. 286-289 ЗОО. Наиме, део домаће доктрине³⁴⁰ ове одредбе одређује као норме диспозитивног карактера, чија се примена вољом странака у конкретном случају може (делимично или чак у потпуности) отклонити. С обзиром да односну одредбу ЗОО о ретенцији одређују као диспозитивну (а не императивну), ови аутори закључују да учесници овог односа могу своја овлашћења и обавезе да уреде и другачије, дакле да: искључе примену ове одредбе у целости или да је у потпуности модификују у складу са сопственим потребама.

³³⁴ Законски (*statutory*) *lien*-и обухватају две групе: 1) новоуведене *lien-e*; и 2) кодификоване претходно постојеће *lien-e common law-a i equity law-a* (уз извесна прилагођавања потребама модерног тржишта). У енглеском праву видети: The Sale of Goods Act, 1979., Section 41-43 (ова врста *lien-a* се назива: *unpaid seller's lien*, тј. *right of retention*). The Innkeeper's Act 1878; The Consumer Credit Agreement Act, 1974. У америчком праву видети: Uniform Commercial Code (UCC) Section 2-702; Section 7-209; Section 7-307 и др. Осим наведених поседовних (државинских) *lien-a*, у категорију законских *lien-a* спада и све више бездржавинских типова који публицитет овог права обезбеђења не остварују поседом, већ уписом у посебне јавне регистре (пр. *mechanic's lien*).

³³⁵ Више о уговорним (*contractual*) *lien-ima* видети код: Sykes, *op. cit.*, стр. 553.

³³⁶ У тамошњој доктрини се закључује да је највећи број модерних законских (*statutory*) *lien-a* уствари потекао из давнашњег *common law-a*.

³³⁷ С., Бранковић, *нав. дело.*, стр. 521.

³³⁸ Део аустријске доктрине у принудну ретенцију сврстава и судску ретенцију, засновану „судским наређењем – привременом наредбом“. Видети: Н., Klang, *op. cit.*, стр. 365.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 17; Б., Визнер, Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Загреб, 1978., књ. II, str. 1147.

Међутим, чињеница је да ретенција настаје тек ако поверилац има вољу у том правцу. Ако је жели стећи – он то може само под условима, са дејством и садржином предвиђеним законом. Али то, по нашој оцени, није искључење норме, ни доказ да је она диспозитивна, већ непостојање воље да се субјективно право (ретенција) стекне, јер се она не стиче принудно, већ вољно. Због тога се са претходно наведеним ставом се не можемо сложити, будући да је реч о норми императивног карактера, чија се садржина не сме мењати, због чега ово питање постаје још комплексније.³⁴¹

Будући да смо претходно утврдили да је уговорна ретенција могућа, питање је само одредити под којим се условима може уговорати. Очигледно је да би уговорна ретенција била непотребна ако би се уговарала под идентичним условима као законска. Чак и да се то догоди, она би се могла уговорити као потврда законске ретенције, са функцијом да дужник себе унапред искључује од могућности утужења повериоца (сауговорача).

Друго је питање да ли је дозвољено уговарање ретенције под другачијим условима у односу на законом предвиђене, нарочито ако је законом нешто експлицитно забрањено (нпр. државина стечена силом). Дакле, овде начелно може бити речи о мењању неког од следећих сегмената овог института: услови заснивања, дејство или садржина. Сматрамо да је једино садржина института оно што не би смело бити мењано уговором, јер је одређена императивно и управо она ретенцију чини особеним институтом. У даљем тексту покушаћемо да утврдимо да ли се и на који начин могу мењати поједини услови под којима се ретенција заснива, као и њено правно дејство.

А. Промена неког од општих услова заснивања ретенције путем уговора. Мишљења смо да законом предвиђене услове за заснивање ретенције уговором није могуће искључити, односно смањити њихов број, мада би их можда било могуће модификовати. Уговором о ретенцији би, међутим, било могуће повећати њихов број додавањем нових услова – што би водило отежавању заснивања ретенције. Тако би се нпр. у државама у којима конекситет није услов заснивања ретенције – уговором могао предвидети и овај услов. Уговорна ретенција би могла водити и проширењу «домена» који покривају законом предвиђени услови – што би водило широј могућности заснивања ретенције.

Када су у питању услови заснивања, начелно је могуће уговорити другачије квалитете обезбеђеног потраживања у односу на законско правило; затим, другачији

³⁴¹ Исто мишљење: S., Petrić, *nav. delo*, str. 173.

предмет; или евентуално, начин прибављања државине. Ово је свакако могуће у случају постојања правне празнине (када својства ретиниране ствари или потраживања нису регулисана), а ово је најчешћи случај у регулативама казуистичког типа. Тако, нпр. предмет уговорне ретенције, може бити и чинидба – будући да ово питање у већини закона (па ни у домаћем) није регулисано. Коначно, уговорна ретенција би се могла предвидети и за ситуације у којима предвиђени законски услови за настанак ретенције немају тражене квалитете, али странке ипак желе њено заснивање. Тако је могуће да дужник да пристаје да поверилац ретинира његову ствар иако је неуновчива или му је дата на послугу, чување³⁴² или чак и ако је ствар претходно изашла из дужниковог поседа против његове воље.³⁴³ С обзиром да уговорна ретенција настаје сагласношћу воља странака, овде нема „погођеног“ лица у грађанскоправном односу, чију би имовинску позицију требало штитити, тако да њено заснивање, дејство и престанак зависе од воље уговарача.

Б. Промена дејства ретенције путем уговора. Када је у питању могућност уговарања другачијег дејства ретенције, ограничење код уговорне ретенције *a priori* постоји:³⁴⁴ она делује искључиво између страна уговорница, не и према трећим лицима, јер двострани правни посао има искључиво правно дејство *inter partes*, а никада не ствара обавезе трећим лицима. Ово дејство и није толико значајно у правним системима где је крајњи ефекат ретенције – вршење притиска на дужника, али је итекако спорно у правним системима који познају уновчење као садржину ретенције. С обзиром да би се оваквом уговорном одредбом могли угрозити интереси осталих поверилаца (хирограферних и обезбеђених), чини се да би њено поштовање зависило од добре воље трећих лица. Осим тога и пуноважност овакве одредбе би била спорна, као неусклађена са важним начелом грађанског права, а то је правило да се уговором не могу стварати обавезе за трећа лица.³⁴⁵

³⁴² Ово важи у регулативама које по правилу искључују ретенцију у таквим ситуацијама, попут домаће.

³⁴³ Једина разлика је у томе што је правни основ ретенције у том случају уговор, а не закон, јер по домаћем закону овакве ствари не могу бити предмет законске ретенције. Видети: Б., Визнер, Коментар закона о облигационим односима, Загреб, 1978, књ. 2, стр. 1147; Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 16.

³⁴⁴ Више о карактеристикама и дејству конвенционалне (уговорне) ретенције у италијанском праву видети више код: Р., Basso, *op. cit.*, стр. 46 и даље.

³⁴⁵ S., Petrić, *nav. delo*, str. 173-175

Овакав став је експлицитно изражен у швајцарском праву,³⁴⁶ у коме је, уз законску стварноправну општу ретенцију,³⁴⁷ паралелно регулисана и тзв. уговорна (облигационоправна) ретенција, којој је законом изричито одузето право намирења из вредности ретиниране ствари. Међутим, у домаћем праву постоји правна празнина у погледу овог модалитета ретенције, а нарочито по питању односа уговорне и законске ретенције. У том смислу би у будућем пропису било најзначајније прецизирати да ли уговорна ретенција значи обавезно преузимање садржине законске (а садржина сваког института је императивно уређена), уз могућност уговарања ретенције само у случајевима када законска није предвиђена или на неки други начин.

В. Границе слободе уговарања. У делу стране доктрине се сматра да је ограничење код уговорне ретенције следеће: а) услов поштовања императивних прописа, јавног поретка, као и морала и добрих обичаја, у складу са *bona fides*;³⁴⁸ и б) по мишљењу дела доктрине,³⁴⁹ услов уговорне ретенције је и „ненапуштање фундаменталних својстава ретенције предвиђених законом“. Овакво виђење нам се чини оправданим, јер би се уговарањем суштински другачијег средства обезбеђења потраживања изменила правна природа института³⁵⁰, који би пре одговарао неком другом стварном или облигационом праву обезбеђења.

Стога сматрамо да аутономија воље уговарача иако јесте релевантна, ипак не сме ићи против базичних, општеприхваћених ограничења слободе уговарања у грађанском праву, а то су: императивне законске норме; јавни поредак; морал и савесност и поштење. Управо ова три ограничења наглашава и швајцарска доктрина, те би оваква формула била адекватна и за домаћу регулативу *de lege ferenda*, у којој би требало: 1) изричито регулисати уговорну ретенцију (као особени модалитет, по узору на решење ДЦФР-а); 2) прецизно одредити њен однос са законском ретенцијом: законска као правило, а уговорна као изузетак; 3) изричито прописати које је елементе опште формуле ретенције могуће мењати уговором, а које не; и 4) експлицитно навести три ограничења уговарања ретенције: когентни прописи (а у њих спада и садржина института); јавни поредак; морал и савесност и поштење. Мада, последње наведено ограничење је можда и сувишно, јер ЗОО то већ прописује за све правне послове.

³⁴⁶ Више о томе код: P., Tuor, B., Schnyder, J., Schmidt, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich, 1995, стр. 887.

³⁴⁷ Општа законска ретенција у швајцарском праву регулисана је у чл. 895-898 ШГЗ, у делу законика који се односи на стварна права, као подврста залог.

³⁴⁸ Тако и: Tuor, P., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 1934, стр. 612.

³⁴⁹ K., Oftinger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, 1952, р. 369; Palandt, O., Bürgerliches Gesetzbuch, 1971, стр. 248.

³⁵⁰ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 174.

1.2. Законска ретенција

Законска ретенција настаје на основу кумулативног испуњења законом предвиђених чињеница. Она је једнострано наметнута дужнику, погађа његову имовинску сферу против његове воље, а тиме и аутономију воље, као базично начело грађанског права.³⁵¹ Она представља најчешћи, типични вид ретенције, као законом признато право повериоца доспелог ненамиреног потраживања, које он активира својом изјавом воље. У том контексту постаје спорно и њено правнополитичко оправдање, *ratio legis*, као и бројни други аспекти. Стога ће предмет нашег интересовања даље у раду бити само законска ретенција, јер уговорна је могућност, као последица аутономије воље облигационог права и диспозиције странака, будући да није законом забрањена.

Ипак, интересантно је поменути да је у старијој домаћој доктрини³⁵² постављено питање: да ли је уопште замислива уговорна ретенција, те да ли ову поделу чак можда треба одбацити? Да ли је тиме заправо уговорено заложно право на покретној ствари? Међутим, поменути аутор уједно и даје одговор на ово питање: могуће је да једно лице да другом своју ствар као обезбеђење потраживања, али уз напомену да то није заложена ствар, те да предату ствар поверилац може задржати само до момента наплате свог потраживања³⁵³. Осим тога, у литератури³⁵⁴ се управо основ заснивања ретенције (закон) и основ настанка заложног права (уговор) истичу као разликујуће обележје ова два иначе сродна института.

Сматрамо да, као што према основу настанка и заложно право може бити уговорно, законско и судско; тако и ретенција, иако по правилу настаје непосредно *ex lege*, може такође бити и уговорна и тестаментална. Иако то у ЗОО није експлицитно предвиђено, оправдање ове поделе коју је креирала доктрина, по нашем мишљењу, свакако постоји. Ово уједно указује и на потребу за изричитим нормирањем овог модалитета ретенције у српском праву *de lege ferenda*, уз јасно прецизирање односа уговорне и законске ретенције.

³⁵¹ Утолико је већи изазов одредити њену сврсисходност и одредити адекватну меру њене правичне примене, а истовремено ограничити је истом мером - правичношћу и начелом савесности и поштења.

³⁵² С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 521.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ Д., Аранђеловић, Законско заложно право давалаца под кирију и закуп, Бранич, свеске за мај, јун и јули, Београд, 1903, стр. 5; I., Bukljaš, *Subjekti i pravni poslovi unutrašnjeg i međunarodnog prometa*, Zagreb, 1978, str. 180.

2. Општа и посебна ретенција

Ове врсте ретенције изведене су према критеријуму: да ли норма која се односи на ретенцију у конкретној регулативи има значај правила или изузетка³⁵⁵. Закон за општу ретенцију предвиђа принципе који, као општи, важе и у односу на особене модалитете, осим ако је посебним правилом предвиђено нешто друго (*lex specialis derogat legi generali*).³⁵⁶ С обзиром на то да ћемо се надаље у раду бавити општом ретенцијом, на овом месту ћемо више пажње посветити посебним облицима и њиховим обележјима.

А. Општа ретенција је регулисана у следећим прописима: у швајцарској регулативи;³⁵⁷ у немачкој грађанској регулативи³⁵⁸; у аустријској грађанској регулативи³⁵⁹; у српској³⁶⁰; у хрватској³⁶¹; у словеначкој³⁶²; у македонској³⁶³; у црногорској³⁶⁴; у регулативи БиХ,³⁶⁵ а од скоро и у француској³⁶⁶. Сви остали модалитети ретенције у наведеним регулативама, који не задовољавају услове из опште норме о ретенцији, а експлицитно су прописани, сматрају се посебним. Најкомплексније за правну теорију је уопштавање правила о ретенцији извођењем заједничких обележја за више различитих модалитета ретенције у италијанском праву, с обзиром на казуистички тип регулисања. Ипак, француска доктрина је сагласна у оцени да чак и такво непотпуно „лаконско“ нормирање ретенције,³⁶⁷ које је све до реформе 2006. постојало и у ФГЗ, иако отежава, ипак не онемогућава извођење општег појма овог института.

³⁵⁵ У англосаксонској правној традицији не постоји општа норма о ретенцији, већ систем казуистички признатих коегзистирајућих типова *lien-a* за које је тешко одредити које има значај правила, а које значај изузетка. Најтачније би било рећи да тамо паралелно постоји више различитих извора државинских *liena-a*, при чему сваки основни тип познаје више модалитета. Више о посебним и општим *lien*-има англосаксонског права видети код: Sykes, *op. cit.*, стр. 561 и даље.

³⁵⁶ Тако и: N., Gavella, *op. cit.*, стр. 899.

³⁵⁷ Чл. 895 ШГЗ

³⁵⁸ Чл. 273 НГЗ

³⁵⁹ Чл. 471 АГЗ

³⁶⁰ Чл. 286 ЗОО

³⁶¹ У ранијој хрватској регулативи општа ретенција била је уређена у чл. 286-289. Иако и нови закон такође садржи опште одредбе о ретенцији, ипак је регулатива донекле садржински измењена (у ранијем ЗОО била је искључена ретенција ствари датих на послугу или чување, што више није случај). Видети чл. 72-75 важећег хрватског ЗОО.

³⁶² Чл. 261 ОЗС

³⁶³ Чл. 275 ЗООМ

³⁶⁴ Чл. 293 ЗООЦГ

³⁶⁵ Чл. 286 ЗОО

³⁶⁶ Чл. 2286 ФГЗ

³⁶⁷ М., Planiol, *op. cit.*, стр. 772.

Б. *Посебни облици ретенције*. Осим опште ретенције, све регулативе познају и *посебне облике*, за чије се заснивање траже: неки додатни услови; или чије је заснивање поједностављено отпадањем неког од услова предвиђених за општу ретенцију; или који се заснивају у посебним околностима и сл. Примера ради, специфичност ретенције савесног држаоца који је изгубио спор по реивиндикационој тужби³⁶⁸ је предвиђеност допунског услова за њен настанак, а то је савесност држаоца.³⁶⁹ Притом, у појединим регулативама постоје и подврсте ретенције савесног држаоца, са особеним обележјима. Тако, у италијанском праву, као посебан модалитет, постоји и *ретенција санаследника* (као врсте савесног држаоца туђе ствари)³⁷⁰, који поводом урачунавања поклона има право задржавања ствари (коју мора да врати у оставинску масу), до добијања надокнаде трошкова и побољшања око ствари.

Притом, неки аутори мешају казуистичку регулативу италијанског права са посебним ретенцијама.³⁷¹ Ипак, ми смо мишљења да пошто у Италији нема општег правила о ретенцији, нема ни «посебних» ретенција, већ само законом признатих случајева ретенције у оквиру одређених правних односа.

У типичне *посебне* врсте у упоредном праву можемо сврстати: ретенцију угоститеља; ретенцију код неправне оставе (које постоје и у домаћем праву); затим, посебне видове ретенције из ШГЗ и ШЗО (ретенција чинидбе и ретенција непокретности); као и посебне облике ретенције из НГЗ, попут ретенције налазача туђе изгубљене ствари и др.³⁷² Такође, постоје и модалитети ретенције регулисани посебним прописима (ван закона којим су регулисани облигациони и стварноправни односи)

³⁶⁸ У домаћој регулативи ова ситуација регулисана је у чл. 38 ст. 7 ЗОСПО

³⁶⁹ У делу доктрине се истиче да је додатна разлика у томе што ретенција савесног држаоца (у домаћем праву) није квалификована, већ „обична“, јер не садржи овлашћење намирења (за разлику од опште ретенције из ЗОО), већ само овлашћење задржања ствари око које је ретинент имао трошкове. Међутим, овакво схватање није општеприхваћено међу правним писцима. Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 171. *Cf. Z.*, Rašović, *Komentar zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Podgorica, 2007., str. 511-513.

³⁷⁰ Видети: чл. 748 ИГЗ (ретенција санаследника) и упоредити са чл. 1152 ИГЗ (којим је регулисана ретенција савесног држаоца туђе ствари који је изгубио реивиндикациони спор).

³⁷¹ Неки од таквих случајева у италијанском праву су следећи: ретенција роја пчела од стране власника земљишта (чл. 924 ИГЗ); ретенција домаћих животиња (чл. 925 ИГЗ); ретенција плодоуживаоца за извршене поправке (чл. 1006 и 1007 ИГЗ); ретенција због пореза, оптерећења и наметнутих обавеза које је држалац претходно сносио, док му их власник ствари не надокнади (чл. 1011 ИГЗ); ретенција купца код уговора са правом откупа (чл. 1502 ИГЗ); ретенција „професионалца“ код тзв. „интелектуалних професија“ (чл. 2235 ИГЗ); и др. Више о томе: Barba, A., *Voce Ritenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, стр. 1382; D'Avanzo, *op. cit.*, стр. 177.

³⁷² О бројним посебним облицима *possessory lien-a* (као средства обезбеђења потраживања најсличнијег ретенцији европског модела) видети више код: A., L. Lavine, *Manual of Commercial Law*, University of the State of New York, 1940., стр. 183 и даље. A., L. Lavine, *Modern business law*, Prentice Hall, 1954., стр. 686 и даље. О модалитетима *possessory lien-a* у праву Аустралије видети: P., Latimer, *Australian Business Law*, CCH a Wolters Kluwer business, Sydney, 2012., стр. 13-230.

попут: ретенције трговачког права (у системима који ове две сфере промета засебно регулишу), меничне, чековне, ретенције поморског права и сл.

Сврха нашег разматрања посебних врста ретенције у овом делу рада је указивање на мотиве законодаваца за одступање од општих правила у оквиру појединих правних односа, као и у одређеним ситуацијама када би заснивање ретенције према општим правилима било немогуће, а разлози сврсисходности то ипак оправдавају. Циљ овог прегледа је по нашем мишљењу значајан, јер упућује на изналажење нових сфера примене ретенције, а потенцијално и на формулисање предлога посебних облика ретенције у српском праву *de lege ferenda*. Стога ћемо у овом делу рада најпре анализирати особености постојећих посебних облика ретенције, пре свега у домаћем праву *de lege lata*³⁷³; а потом и формулисати предлог нових, које би по нашем мишљењу, било сврсисходно уврстити у домаћу регулативу *de lege ferenda*, по узору на поједина решења из упоредног права.

2.1. Посебни облици ретенције у домаћем и упоредном праву *de lege lata*

2.1.1. Ретенција савесног држаоца туђе ствари који је изгубио реивиндикациони спор

Први посебан облик ретенције је право задржавања савесног³⁷⁴ држаоца који је дужан да врати ствар власнику, будући да је од њега претходно изгубио реивиндикациони спор. Посебном законском одредбом (а често и посебним законом) све регулативе из нашег узорка³⁷⁵, овлашћују оваквог држаоца да ствар задржи, како би њоме обезбедио исплату накнаде трошкова које је имао око ствари, а на које има право. Оно што је свим регулативама заједничко јесте засебно регулисање овог случаја ретенције, који не задовољава све услове за примену општег правила.³⁷⁶ Наиме, две

³⁷³ У овом прегледу посебних случајева ретенције изостаће ретенција менице и чека, будући да је реч о модалитетима ретенције трговачког права, чије су особености предмет посебног разматрања у раду.

³⁷⁴ Видети: чл. 1000 НГЗ. Више о томе код: Н., Westermann, *op. cit.*, стр. 137 и даље; Staudinger, *op. cit.*, стр. 383 и даље.

³⁷⁵ Видети: чл. 38 ст. 7 ЗОСПО. У упоредном праву видети: чл. 164 ст. 2 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZVDSP): “Zahtijeva li vlasnik da posjednik preda stvar, *poštenu posjednik može tražiti naknadu za nužne i korisne troškove koje je imao, te stvar zadržati dok mu oni ne budu naknađeni.*“ Видети и: чл. 95 ст. 7 словеначког Стварноправног законика; чл. 118 ЗОСПО Црне Горе; чл. 157 ст. 6 македонског ЗОСПО; чл. 129 ст. 5 Закон о стварним правима Републике Српске (ЗСП); у италијанској регулативи видети: чл. 1152 ИГЗ (*Ritenzione a favore del possessore di buona fede*); у француској чл. 555 ФГЗ; у швајцарској чл. 939 ШГЗ; у немачкој чл. 1000-1003 НГЗ.

³⁷⁶ Тако и: N., Gavella *et alia, nav. delo*, стр. 443.

норме о ретенцији су у односу општег и посебног правила: посебна норма из ЗОСПО-а омогућава повериоцу ретинирање ствари под повољнијим околностима - али само за одређену категорију потраживања (накнада трошкова које је имао око ствари); са друге стране, за сва остала потраживања која овај држалац има према власнику ствари, он се не може позивати на ову посебну ретенцију, већ ретинирати ствар само по општем правилу из чл. 286 ЗОО (дакле, само за доспела потраживања).

Компаративна анализа указује на извесне разлике у нормирању овог посебног модалитета ретенције, а нарочито у погледу њеног дејства. Стога ћемо изложити најзначајније особености овог посебног случаја ретенције, уз назначење разлика у концепцијама појединих регулатива.³⁷⁷

У доктрини се овај модалитет ретенције општеприхваћено тумачи као специјалан, јер не испуњава више услова за општу ретенцију, а у немачкој доктрини се назива: „неразвијеним обликом права задржавања“.³⁷⁸ На основу компарације законских прописа³⁷⁹ и ставова правних писаца можемо лоцирати разлике ретенције савесног држаоца туђе ствари у односу на опште правило о ретенцији.³⁸⁰

1. Овај модалитет ретенције обезбеђује *недоспело* потраживање (за разлику од општег правила, које доспелост потраживања експлицитно захтева као услов *sine qua non*).³⁸¹ Ово је највећа разлика у односу на општу норму о ретенцији у свим регулативама. С обзиром да је у домаћем праву регулатива ретенције из ЗОСПО³⁸² - *lex specialis*, сматрамо да за све што није посебно одређено овом нормом, важи општа норма о ретенцији из чл. 286 ЗОО (*lex generalis*). Управо одсуство доспелости потраживања, као елемента чињеничног скупа потребног за настанак опште ретенције,

³⁷⁷ Разлог што ће преглед карактеристика овог модалитета ретенције на овом месту у раду бити сумаран је детаљно разматрање његових особености у другим деловима рада, а нарочито у глави која се односи на нализу услова потребних за конституисање ретенције.

³⁷⁸ О специјалној регулативи права ретенције из чл. 1000-1003 НГЗ као „специјалној, неразвијеној форми института права задржавања“, видети више код: Staudinger-Selb, 1995, § 273 Rn 9; Münchener Kommentar – Keller § 273 Rn 36; Gernhuber, 1989, § 30 II 4; Schlegelberger, стр. 93; Planck-Brodmann, Kommentar; Schlegelberger-Vogels-Spreckelsen Rn 2; Söergel-Mühl, Rn 1, § 273 st. 2; Nav. prema: Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB* - Buch 3: Sachenrecht, BGB, III §§ 985-1011, 2012. Више о немачкој судској пракси на ову тему видети код: F., Baur, R., Stürner, Lehrbuch des Sachenrecht, München, 1999., стр. 116 и даље.

³⁷⁹ О особеностима ретенције савесног држаоца туђе ствари у италијанском праву (чл. 1152 ИГЗ) видети више код: P., Basso, *op. cit.*, стр. 57. Видети и: чл. 939 ШГЗ. Више о ретенцији савесног држаоца туђе ствари у швајцарском праву видети код: Tuor-Schnyder, Schmidt, *op. cit.*, стр. 626; K., Ofinger, *op. cit.*, стр. 399.

³⁸⁰ О особеностима ретенције савесног држаоца туђе ствари у хрватском праву видети више код: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 43-45; N, Gavella, *et alia*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., стр. 443.

³⁸¹ У немачком праву је у § 1000 НГЗ регулисана ретенција држаоца туђе ствари, који је изгубио реивиндикациони спор

³⁸² Чл. 38 ст. 7 ЗОСПО: „Савестан држалац има право да задржи ствар док му се не накнади износ нужних и корисних трошкова које је имао у вези са одржавањем ствари“.

представља *ratio* увођења ове посебне одредбе. С обзиром да потраживање накнаде ових трошкова не доспева до момента предаје ствари власнику, а да са друге стране, ретенција није могућа након губитка поседа ствари насталог добровољно извршеном предајом – оваква конструкција је била неопходна у циљу заштите легитимних интереса савесног држаоца ствари.

2. Начелно, објекат овог модалитета ретенције могу бити *и непокретности*. У регулативама које ретенцији признају искључиво дејство задржавања дужникове ствари, непокретности свакако могу бити ретиниране и по општим правилима³⁸³. Међутим, у ШГЗ су непокретности експлицитно искључене као потенцијални предмет задржавања према општем правилу.³⁸⁴ У тој регулативи ово је несумњива разлика између општег и посебног правила, али по ставу дела доктрине, потенцијално и у онима које следе швајцарски модел (где се убраја и домаћа; регулативе из окружења). Дозвољено ретинирање непокретности, према овом посебном правилу, представља и доминантни став судске праксе у овим државама.³⁸⁵

3. У неким правним системима се могу задржавати *и неуновчиве ствари*. Ово обележје ретенције савесног држаоца је важна карактеристика овог модалитета ретенције у швајцарском праву, које за општу регулативу овог института инсистира на могућности уновчења ствари (у функцији реализације овлашћења намирења), што овде није нужно. С обзиром да крајњи ефекат овог модалитета ретенције (који се у швајцарској регулативи чак и назива другачије³⁸⁶) није намирење, део тамошње доктрине³⁸⁷ чак закључује да је реч о ретенцији другачије правне природе у односу на општу (која је тамо стварноправног карактера).

4. Ретинент у овом случају, по правилу, мора да испуни додатни услов у вези са поседом ствари, а то је *савесност*.³⁸⁸ Једини изузетак у овом смислу је немачка регулатива ретенције, у којој се не тражи савесност као услов вршења овог модалитета права задржавања. У немачкој варијанти овог облика ретенције је реч само о: „држаоцу туђе ствари“, који је претходно изгубио реивиндикациони спор. Услов савесности дакле, не фигурира код овог модалитета ретенције само према НГЗ-у, за разлику од

³⁸³ У овај модел спадају: француска, италијанска, немачка и аустријска грађанска регулатива.

³⁸⁴ Чл. 895-898 ШГЗ односе се искључиво на покретне ствари као објекат тзв. „стварноправне ретенције“.

³⁸⁵ Видети пресуду Врховног суда Републике Хрватске, Rev.-933/00 од 29. 01. 2002. God. u: N., Gavella, *et alia*, str. 610.

³⁸⁶ У општем правилу из чл. 895-898 ШГЗ ретенција се назива: *Retentionsrecht*; док се у овом посебном правилу из чл. 939 ШГЗ ретенција савесног држаоца назива: *Zurückbehaltungsrecht*.

³⁸⁷ К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 399.

³⁸⁸ Видети: чл. 994 и 996 НГЗ.

решења осталих регулатива из нашег узорка. Ипак, у страниј доктрини³⁸⁹ се води полемика на тему потенцијалне аналогне примене права ретенције и на несавесног држаоца (дакле, и у осталим законским решењима), с обзиром на „заједнички *ratio*“.³⁹⁰

5. Код овог модалитета ретенције мора постојати *конекситет* и то материјални – задржава се ствар у којој су инкорпорисани нужни и корисни трошкови које је држалац имао око ње, који и представљају обезбеђено потраживање.³⁹¹ У оним регулативама³⁹² које су потпуно елиминисале услов конекситета, као премису настанка ретенције према општем правилу, ово је важна разлика,³⁹³ јер је на овај начин круг обезбеђених потраживања знатно редукован. Дакле, не може се задржати било која ствар дужника, већ само она „која дугује“ (због чега се у литератури каже да: сама ствар одређује дужника, а не обрнуто).

6. Шесто, а по неким ауторима и кључно (а свакако доктринарно најспорније) разликујуће обележје ретенције савесног држаоца туђе ствари је другачије дејство овог модалитета права задржавања у односу на опште правило. Истовремено, разлике у упоредноправној регулативи овог елемента су највеће.

Наиме, савесни држалац туђе ствари (који је претходно изгубио реивиндикациони спор), као ретинент у ШГЗ *нема признато право намирења*, већ само задржавања, чиме је овај облик ретенције редукован на право са слабијим дејством у односу на опште правило о ретенцији из ШГЗ³⁹⁴. Са друге стране, у концепцији НГЗ³⁹⁵

³⁸⁹ Више о опречним ставовима у швајцарској доктрини видети код: Stark, *op. cit.*, стр. 206-214.

³⁹⁰ Став да ретенцију треба признати и несавесном држаоцу у хрватској доктрини заступа: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 259-260. Ова ауторка критикује решење хрватског позитивног права оцењујући га: „претерано строгим према повериоцу накнаде ових трошкова“. Иако је овакав став донекле аргументован тврдњом да ко може више, може и мање (ако је држаоцу признато право на тужбу, зашто му не признати слабије право – на самозаштиту), нама се ипак чини да истрајавање на услову савесности оваквог поседа није безразложно. Сматрамо да је разлог захтева за савесношћу држаоца – доследно спровођење концепције по којој савесни држалац код виндикације има бољи положај од несавесног у погледу: плодова, трошкова и штете. Ретенција је дакле, само последица награђивања савесног држаоца, зато је за несавесног нема. На основу циљног тумачења можемо закључити да је ово ретенција са посебним својствима, јер је циљ законодавца био да се различито уреди положај савесног држаоца код виндикационог спора, у односу на општу норму о ретенцији. Коначно, ове одредбе, тек узгред регулишу ретенцију и то управо у функцији ове тужбе. Детаљније о разликама у правима савесног и несавесног држаоца ствари који је претходно изгубио реивиндикациони спор од власника ствари видети код: D., Medić, *Zaštita prava svojine*, *Pravna riječ*, бр. 4/2014, стр. 59.

³⁹¹ Видети више код: Tuor, Schnyder, Schmidt, *op. cit.*, стр. 626.

³⁹² Те Регулative су: домаћа, хрватска, словеначка, регулатива Црне Горе, македонска и регулатива Федерације БиХ и Републике Српске.

³⁹³ Са друге стране, у регулативама које свакако прописују услов конекситета и према општем правилу о ретенцији, ова разлика не постоји. Ту спадају: немачка и аустријска грађанска регулатива, француска и италијанска.

³⁹⁴ Упоредити: чл. 895-898 ШГЗ и чл. 491 ШГЗ. Више о дејству овог модалитета ретенције у швајцарском праву видети код: E., W., Stark, *op. cit.*, стр. 203.

³⁹⁵ Упоредити: § 273 и 274 НГЗ и § 1003 НГЗ. Ретенција савесног држаоца је по дејству уподобљена трговачкој, појачана са *ius distrahendi*.

савесни држалац има право намирења³⁹⁶, што „појачава дејство овог модалитета ретенције на стварноправно“,³⁹⁷ за разлику од ретенције у општем правилу из чл. 273 НГЗ, која има само ефекат притиска на дужника.³⁹⁸ Дакле, дејство ретенције у оквиру постављеног правила и изузетка је супротно регулисано у овим два регулативама.

Међутим, ситуација је потенцијално спорна у домену језичког значења, у оним правним системима у којима је савесном држаоцу признато „право да задржи ствар“³⁹⁹ у ситуацији где се институт назива „право задржавања“, као што је домаћа.⁴⁰⁰ Ипак, могућност намирења се изводи из опште ретенције ЗОО, будући да у ЗОСПО намирење није регулисано, али није ни искључено. Пошто посебног правила нема, примењује се опште, а то је ретенција, која је у домаћем праву регулисана као: средство притиска и као средство намирења. Тако, докле год у закону постоји назив „право задржавања“, неспорно је да „право да се ствар задржи“ и „право задржавања“ ствари означавају исти институт, са дејством које је признато општом нормом садржаном у чл. 286 ЗОО (све док се и ако се посебном нормом у ЗОСПО ово дејство не ограничи). Ово схватање поткрепљују и ставови дела домаће доктрине.⁴⁰¹

Конечно, о односу овог облика ретенције у односу на опште правило, којим је у домаћем праву (као и у већем броју страних држава) предвиђено и право намирења ретинента можемо закључити следеће: 1) могућност заснивања ретенције код овог модалитета у свим регулативама је олакшана (елиминисањем услова доспелости обезбеђеног потраживања), а затим отежана уношењем услова савесности; 2) круг објеката ове ретенције је (макар начелно) шири: могуће ју је засновати и на покретним

³⁹⁶ У чл. 1003 НГЗ се упућује на правила о намирењу из зложене ствари. Више о овлашћењу намирења из вредности задржане ствари код овог модалитета ретенције видети код: Н., Westermann, *op. cit.*, стр. 165.

³⁹⁷ Видети: Creifelds Rechtswörterbuch, Zurückbehaltungsrecht, С.Н. Beck'sche Verlangsbuchhandlung München 1997, стр. 1549.

³⁹⁸ Ова карактеристика је очигледно највећа разлика у концепцијама овог модалитета ретенције у ШГЗ и у НГЗ, што иницира бројне полемике и у овдашњој доктрини, која различито тумачи крајњи домашај ретенције савесног држаоца у српском праву. У § 1003 НГЗ експлицитно је предвиђено право намирења овог ретинента, за разлику од домаћег решења које не садржи ово појашњење. Више о томе видети у делу рада о односу општег правила из ЗОО и посебног у ЗОСПО-у.

³⁹⁹ Део домаће доктрине управо у овој законској формулацији проналази основ за признавање различитог дејства ретенцији савесног држаоца у односу на опште правило о ретенцији из ЗОО. Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 171. *Cf. Z.*, Rašović, *Komentar zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Podgorica, 2007., стр. 511-513. Овај аутор изричито наводи да се ретенција савесног држаоца реализује: и као средство притиска и као средство намирења.

⁴⁰⁰ Упоредити термилошко одређење: чл. 38 ст. 7 ЗОСПО и чл. 286 ЗОО РС.

⁴⁰¹ Тако и: *Z.*, Rašović, *нав. дело*, стр. 512.

и на непокретним стварима; 3) њено дејство је (у неким регулативама) слабије у односу на опште дејство ретенције: само задржавање, не и намирење.⁴⁰²

2.1.2. Ретенција угоститеља

У домаћем праву угоститељска ретенција је регулисана посебном одредбом ЗОО.⁴⁰³ Што се осталих регулатива тиче, овај модалитет ретенције нормиран је као посебан у: новелираном АГЗ,⁴⁰⁴ у швајцарском ОЗ,⁴⁰⁵ као и у посебним одредбама регулатива у нашем окружењу.⁴⁰⁶ Ова специјална норма је у свим наведеним регулативама била неопходна, као изузетак (*lex specialis*) од општег правила о забрањеној ретенцији оставопримца (*lex generalis*).⁴⁰⁷ *Ratio* одступања од општег правила о забрани ретенције оставопримца (што угоститељ јесте) је базиран на два чинијеницама: 1) у питању је теретни правни посао (а не добротин – што је разлог искључења ретенције код оставе према општем правилу); и 2) овде изостаје лични однос, тј. посебно поверење које се иначе очекује од класичног оставопримца.⁴⁰⁸ Додатно оправдање ретенције у овој ситуацији је појачана одговорност угоститеља за оштећења или губитак ствари⁴⁰⁹, те је легитимно заштитити његове интересе ретенцијом, упркос изостанку појединих законских услова (према општој регулативи).

Ово је дакле, посебан тип оставе код ког је ретенција угоститеља (као посебне категорије поверилаца) дозвољена, али са следећим специфичним обележјима (различитим од опште регулативе ретенције).⁴¹⁰

⁴⁰² О ретенцији савесног држаоца туђе ствари и њеним обележјима видети детаљније у делу рада о условима за настанак ретенције.

⁴⁰³ Чл. 728 ЗОО регулише „право задржавања угоститеља“: „Угоститељ који прими госте на ноћење има право задржати ствари које су гости донели, до потпуне наплате потраживања за смештај и остале услуге“. Уз то, законодавац проширује примену одредаба о угоститељској остави и на: „болнице, гараже, кола за спавање, организоване кампове и сл.“ Видети: чл. 729 ЗОО

⁴⁰⁴ Чл. 970 (ц) АГЗ.

⁴⁰⁵ Чл. 491 ШЗО: „ретенција хотелијера и гостионичара“.

⁴⁰⁶ Видети: чл. 742 и 743 ЗОО Хрватске; чл. 745 и чл. 746 ОЗ Словеније; чл. 821 и чл. 822 ЗОО Црне Горе; чл. 784 и 785 ЗОО Македоније; чл. 728 и чл. 729 ЗОО Федерације БиХ и Републике Српске. О особеностима „хотелског депоа“ (чл. 1952 ФГЗ) и нужне оставе уопште у француском праву видети више код: Х., Henry *et alia*, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010, р. 2249 и даље; М., Planiol, *op. cit.*, р. 772 i dalje.

⁴⁰⁷ Ретенцију ствари датих у оставу искључује чл. 1440 АГЗ; Видети више код: Gschnitzer, *op. cit.*, str. 9.

⁴⁰⁸ У хрватској доктрини се истиче да је тешко говорити о постојању односа поверења у ситуацији у којој угоститељ пружа услуге великом броју непознатих лица, а о чијој платежној способности нема никаквих поузданих спознаја. S., Petrić, *nav. delo*, str. 40. О субјектима као саговорачима овог особеног правног посла видети више код: V., Šmid, *Ugostiteljska ostava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br- 3-5/1978, str. 643-660.

⁴⁰⁹ Више о томе видети код: I., Babić, *nav. delo*, str. 355.

⁴¹⁰ О поштреној одговорности угоститеља за ствари гости, и обрнуто – повлашћене услове под којима угоститељ може олакшано да врши ретенцију на тим стварима госта, као и о *ratio*-у угоститељске

1. Врши се зарад обезбеђења *тачно одређеног потраживања угоститеља*⁴¹¹ (обезбеђени су само трошкови смештаја у угоститељском објекту, исхране и др. услуге које су пружене госту у објекту; по ставу доктрине, овде спада и потраживање накнаде штете коју гост причини стварима у угоститељском објекту⁴¹²).

2. Ограничен је објекат ретенције – само *унете покретне ствари*, новац, хартије од вредности, драгоцености (логично – не и непокретности);⁴¹³ притом, општи услов да ствар мора бити уновчива важи и за угоститељску ретенцију.

3. Не наводи се општи услов да ствари морају бити у својини дужника (дакле, *могу бити и у својини трећег лица*).⁴¹⁴

4. Ретиниране ствари, по правилу, *нису „у рукама повериоца-угоститеља“*, већ у поседу дужника-госта (а у домаћем праву није допуштена посредна државина ретинента, већ само непосредна)⁴¹⁵, па је и ово значајно одступање од правила. Као спорно питање у доктрини се поставља следеће: има ли угоститељ право ретенције само на стварима које му је гост непосредно поверио на чување или на свим унетим стварима у угоститељски објекат? Јер за другу категорију ствари спорно је то што угоститељ на њима нема државину – оне су у „рукама госта“. Домаћа и страна доктрина већински оцењује да је ретенција на обема групама унетих ствари дозвољена и да је у томе смисао ових специјалних одредаба. У противном би вршење ретенције од стране угоститеља било редуковано на изузетак, што сигурно није била намера законодавца.

ретенције видети више у: I., Babić, *Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija*, Pravni fakultet u Beogradu, Sarajevo, 1985., str. 268; M., Mijačić, *Obligacioni ugovori*, Savremena administracija, Beograd, 1988., str. 141-142.

⁴¹¹ У делу аустријске доктрине се истиче да ретенцију угоститељ може вршити и за своја недоспела потраживања. Видети више о томе код: Gscnitzer, *op. cit.*, стр. 9.

⁴¹² Овакво проширење дејства угоститељске ретенције могуће је применом опште норме о ретенцији из чл. 286 ЗОО. Иначе, за сва остала потраживања која има према госту, угоститељ може вршити ретенцију позивајући се на општа правила из чл. 286 ЗОО РС.

⁴¹³ О оружју и другим недозвољеним објектима ретенције угоститеља, чија је заплена свакако искључена законом видети више код: I., Babić, *nav. delo*, str. 275. О томе више код: B., Vizner, *nav. delo*, str. 1142; K., Zupančič, *Zakonita odgovornost hotelirjev za prinešene stvari gostov*, Ljubljana, 1966., str. 327. О потенцијалним објектима (стварима) које се сматрају прикладним за ретенцију угоститеља видети више код: Esser, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960, стр. 641.

⁴¹⁴ Дакле и угоститељска ретенција је право на туђој ствари, које се може супротставити и власнику ствари који није дужник угоститеља. Тако и: S., Krneta, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1029. О проблему својине на стварима унетим у угоститељски објекат а које су предмет особене ретенције угоститеља у словеначкој доктрини видети више код: Štampihar, *Civilno pravo, Osnutek posebnega dela obveznosti*, Ljubljana, 1952., str. 76.

⁴¹⁵ О поседу као претпоставци ретенције видети више код: S., Krneta, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1035. Видети више код: S., Adler, *et alia, op. cit.*, p. 694. А уколико пре се ретенција односи и на ствари директно предате на чување угоститељу. Тако и: С., Перовић, *нав. дело*, стр. 753; S., Petrić, *nav. delo*, str. 40.

5. Обавезан је *конекситет* између ретиниране ствари и обезбеђеног потраживања, као допунски услов конституисања ретенције.⁴¹⁶

6. У доктрини се сматра *спорним* следеће питање: *каква је садржина, као и коначно дејство* ретенције угоститеља. Наиме, логичан закључак би био да је ово право задржавања по дејству изједначено са општом регулативом правом задржавања, која ретиненту омогућава и намирење из вредности задржане ствари⁴¹⁷. Разлог за то је примена општих правила и на посебне случајеве, ако неко питање није другачије регулисано у посебном случају, а овде није. Насупрот томе, поједини домаћи аутори негирају ретенцији угоститеља овакаву садржину, те је редукују на средство вршења притиска на дужника (госта), да дуг измири.⁴¹⁸ Поједини правни писци овај сегмент регулативе свих посебних облика ретенције оцењују као генерално споран, закључујући да „није умесно ни потребно одговор дати за све случајеве једнако, већ да ће све зависити од конкретне одредбе“.⁴¹⁹

Нама се ипак чини да претходни закључак није сасвим прихватљив, јер уноси правну несигурност. Наиме, слажемо се са оценом да законодавац може да ограничи дејство сваког конкретног модалитета ретенције у појединачној одредби. Али, ако то није експлицитно учињено у самој норми, већ су као једине особености, конкретно код угоститељске ретенције - предвиђени посебни услови њеног заснивања, не чини нам се оправданим ограничење њеног дејства, које је иначе признато овом институту у чл. 286-289 ЗОО (*lex generalis*).

⁴¹⁶ Према општем правилу из чл. 286 ЗОО конекситет није предуслов (ни трговачке, ни грађанске) ретенције, али овде правна веза између задржане ствари и обезбеђеног потраживања мора да постоји: и то правни конекситет. Правна веза између објекта ретенције и предмета обезбеђења ретенцијом је закључени уговор о угоститељским услугама. Видети више код: V., Geri, *op. cit.*, стр. 62; S., Perović, *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd, 1980., стр. 753; I., Babić, *нав. дело*, стр. 271-272; S., Cigoj, *Kontrakti in reparacije: Posebni del obligacijskoga prava*, Ljubljana, 1973, стр. 191; K., Zupančić, *Zakonita odgovornost hotelijerv, нав. дело*, стр. 326. О разликама у врсти потраживања која је обезбеђена овом ретенцијом у појединим регулативама видети више код: A., Ehrenzweig, *op. cit.*, стр. 365; S., Adler, et alia, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, zweiter halbband*, Wien, 1934., стр. 694.

⁴¹⁷ Тако и: I., Babić, *Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija*, Sarajevo, 1985., стр. 281. Овај аутор заговара тезу да угоститељ има право избора у погледу функције ретенције коју ће реализовати: примарну – неиздавање на захтев дужника и одбрану путем улагања процесног приговора пред судом; или секундарну, снажнију – право продаје ретиниране ствари на исти начин као и заложни поверилац.

⁴¹⁸ Видети: И., Жувела, у Б. Благојевић, В., Круљ, Коментар закона о облигационим односима, Књига II, Београд, 1983., стр. 1659-1660 (коментар уз чл. 728 ЗОО). *Cf.* С., Перовић, Коментар закона о облигационим односима, стр. 1263-1264.

⁴¹⁹ Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 172. Ови аутори закључују да се „традиција непостојања права на намирење уз постојање конекситета, која је одликовала грађанску ретенцију, задржала у неким од тих посебних случајева“, а ретенцију угоститеља препознају као један од њих. Међутим, проблем је што је ова врста ретенције регулисана у ЗОО исто када и општа ретенција, која не прави ову разлику. Из тог разлога сматрамо да претходно изнети аргумент не стоји.

У сваком случају, овако различите интерпретације указују на непрецизност норме, што би свакако требало исправити формулацијом у будућем пропису. Међутим, ни текст Нацрта будућег грађанског законика Србије не садржи предложено прецизирање дејства ретенције, а једина измена коју уводи у односу на позитивно право је проширење случајева аналогне примене одредбе о ретенцији угоститеља.⁴²⁰ Стога, сматрамо неопходним следеће прецизирање: а) да ли угоститељ, као ретинент, има само право на прво овлашћење из садржине овог права - задржавање ствари госта, као средства притиска; или б) и на намирење (јер опште право ретенције, чију конкретизацију представља и овај модалитет, обухвата оба дејства – и притисак и намирење).

Наше је мишљење да је угоститељска ретенција особена у односу на општу искључиво по олакшаним условима настанка и вршења, али не и по признатом дејству: овлашћење намирења се подразумева, јер је садржано у општем институту грађанске и трговачке ретенције⁴²¹, а угоститељу је у свакој од наведених одредаба у регулативама из узорка експлицитно признато „право задржавања“, „право задржања“ или „придржна правила“, што су све синоними за право ретенције. У сваком случају сматрамо да *de lege ferenda* угоститељу треба признати и право намирења из вредности задржане ствари, јер је такав правни епилог у складу са: а) признатим дејством ретенције у домаћем праву; б) потребом за свеобухватном заштитом интереса угоститеља; и в) у складу са упоредноправно признатим дејством овог посебног облика ретенције.

Са друге стране, морамо приметити да овај модалитет ретенције има толико особености да се оправдано можемо запитати да ли је адекватније ово право назвати

⁴²⁰ Тако, осим досадашње примене одредбе чл. 728 ЗОО и на: болнице, гараже, кола за спавање и организоване кампове, у чл. 1124 Нацрта грађанског законика прецизира се и да се ретенција угоститеља примењује још и на: „*лозориште, сајмове, спортске објекте* и сл“. Ипак, иако се измена на први поглед чини незнатном, јер је и даље у питању набрајање *exempli causa*, а не *numerus clausus*, интересантно је приметити измењени чињенични скуп који чини легитимном овакву ретенцију. Наиме, у досадашњој формулацији кључно је било пружање *услуге уконачења госта* (видети: § 704 НГЗ; чл. 491 швајцарског ОР; чл. 970 АГЗ), док се у формулацији Нацрта дозвољава ретенција лица која нису угоститељи и не пружају услугу преноћишта, али чији се положај због чувања ствари гостију-посетилаца уподобљава положају првих. Тенденција проширења круга поверилаца чија се потраживања могу штитити задржавањем дужникових ствари, очигледно је последица настојања да што већем кругу лица омогући вршење ретенције, као средства обезбеђења потраживања, што сматрамо сврсисходним. Оваквом законском формулацијом се губи досадашња тачка везивања оваквих случајева (уконачење), али се уводи нова, значајнија, а то је: *потраживање због чувања донетих ствари, иако то није основна делатност фирме*. У том смислу можемо оценити као оправдано у Нацрту предложено проширење ових случајева, а сматрамо да би било корисно решење уврстити међу претходно наведене „угоститеље“ и тржне центре, који редовно примају ствари купаца на чување, иако им то није основна делатност.

⁴²¹ У домаћем праву: чл. 286 ЗОО.

законском залогом угоститеља, а не ретенцијом?⁴²² Реч је о праву које: 1) настаје на ствари коју угоститељ најчешће нема у поседу⁴²³ (а ретенција је строго државинско средство обезбеђења потраживања); 2) на ствари која не мора бити у својини гостадужника (што је код опште ретенције правило); и 3) уз обавезан конекситет (што је важно ограничење у односу на опште правило). Стога се можда може размишљати и о одвојеном регулисању *ретенције* ствари које су угоститељу поверене на чување, од *законске залоге* на стварима које је гост само унео у угоститељски објекат.

2.1.3. Ретенција код неправне оставе

Упркос начелном правилу (већински прихваћеном у упоредном праву) по ком је забрањена ретенција ствари датих у оставу, осим већ наведеног случаја угоститељске оставе, у литератури се указује и на случај постојања права ретенције и код тзв. *неправне оставе* (*depositum irregulare*). Реч је о случају када постоји право оставопримца да поверене ствари потроши, али уз обавезу да исту количину ствари истог квалитета врати оставодавцу.⁴²⁴ Доминантан став правних писаца о могућности ретенције оваквих заменљивих ствари је позитиван, уз аргументацију да се на овакву ситуацију примењују правила о зајму, а не о остави.⁴²⁵

У литератури се истиче да одступање од општег правила о ретенцији овде постоји у неколико сегмената и то: 1) објекат ретенције је потрошна и заменљива ствар (што је нарочито значајно у италијанској доктрини,⁴²⁶ која оцењује да ствари оваквих квалитета не могу бити објекат ретенције); и 2) ретинент код неправне оставе има допунско позитивно овлашћење према задржаваној ствари – он је употребљава *и користи*, за разлику од општег правила, које ретинента овлашћује само на пасивно понашање према ствари (пуко неиздавање на захтев дужника).

⁴²² У неким страним правима је спорно да ли је у питању подврста заложног права или ретенције. Видети: К., Larenz, *op. cit.*, стр. 298.

⁴²³ По правилу је реч о стварима које је гост унео у угоститељски објекат и које он задржава у свом поседу.

⁴²⁴ Чл. 722 домаћег ЗОО: „Кад су у оставу дате заменљиве ствари с правом за оставопримца да их потроши и обавезом да врати исту количину ствари исте врсте, онда се на његове односе са оставодавцем примењују правила уговора о зајму, само ће у погледу времена и места враћања важити правила уговора о остави, ако уговарачи нису што друго одредили у том погледу.”

⁴²⁵ Видети: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 265. О неправој остави више код: М., Мијаџић, *Obligacioni ugovori, Savremena administracija*, Beograd, 1988., стр. 139-140. Разлог што се овај институт ипак назива оставом, је чињеница да се њиме претежно остварује интерес оставодавца. Видети: чл. 745 Скице за законик о облигацијама и уговорима. У страниј доктрини се ипак води полемика на тему да ли ће се такав оставопримац пре позвати на компензацију, будући да је реч о заменљивим стварима, али се сматра да ни ретенција није искључена. Више о томе код: С., Wieland, *Das Sachenrecht*, стр. 466.

⁴²⁶ Barba, *op. cit.*, стр. 1379.

2.1.4. Посебни облици ретенције без могућности намирења

У упоредном праву *de lege lata* постоје и бројни модалитети ретенције којима је изричито признат посебан статус. Ова група особених случајева ретенције се од претходно наведених облика разликује по експлицитно законом признатој - ужој садржини, коју чини само овлашћење задржавања туђе ствари (без намирења).

Наиме, у швајцарском и немачком праву (у којима је регулатива ретенције најдетаљнија), поред основног облика овог института, постоје и различити облици ретенције, са бројним особеностима у вези са: признатом садржином права; посебним објектом задржавања и његовим специфичним карактеристикама. Оно што је заједнички „именилац“ према ком смо објединили ову групу случајева ретенције из ШГЗ и НГЗ јесте специфична, ужа садржина овог права.

У ову групу случајева ретенције тако можемо убројати следећа два облика из упоредног права, а то су: ретенција неуновчивих (покретних) ствари и ретенција непокретности.⁴²⁷

А. Ретенција неуновчивих ствари

Овај посебан облик ретенције је логична последица врсте ретиниране ствари. С обзиром на неуновчивост ствари, као квалитет објекта, овај модалитет ретенције је неподобан за реализацију намирењем ретинента, али и даље прикладан за реализацију првог овлашћења из садржине ретенције, а то је – вршење притиска на дужника, задржавањем његове ствари. Стога је одбијање предаје ствари дужнику – први и коначан ефекат ових посебних облика ретенције.

С обзиром на чињеницу да је у домаћем праву усвојен монистички концепт регулисања ретенције грађанског и трговачког права, по ком је ретенција регулисана искључиво као квалификована (а не обична), сматрамо да би у будућем решењу, требало допунити општу норму о ретенцији (регулисаној као праву задржавања и намирења, кумулативно), овом посебном врстом ретенције - уже садржине. Овај особени модалитет ретенције тако би био редукован на овлашћење задржавања, без намирења, што је условљено специфичним објектом ове ретенције. На тај начин би

⁴²⁷ О сваком од ових облика ретенције ће, с обзиром на особености објеката овог права, бити више речи у делу рада о објекту ретенције.

оправдано био проширен круг потенцијалних објеката ретенције, али и адекватно означен – као ретенција посебне садржине.

Б. Ретенција непокретности

У швајцарској регулативи се признаје као посебан облик овог института - право задржавања непокретности против неуредног дужника, без овлашћења намирења. У тамошњој доктрини овај модалитет се назива - *ретенцијом облигационог дејства*, за разлику од стварноправне (која у ШГЗ важи као правило). Овакав модалитет је у швајцарском праву неопходна допуна опште одредбе о ретенцији, која се односи искључиво на покретне ствари, новац и хартије од вредности.

У домаћем праву се користи шири термин „ствар“ за објекат ретенције и у ЗОО, као и у Нацрту ГЗС, те обухвата све ствари без ограничења. Ипак, због лошег тумачења од стране судске праксе и покушаја сужавања предмета ретенције на покретне ствари, корисно је и у домаћем закону прецизирати да су обе врсте ствари адекватан објекат ретенције. Швајцарско решење је компликованије, јер уводи више различитих типова ретенције са различитом садржином и дејством за различите врсте ствари, као објекте овог права. О практичности оваквог решења могуће је полемисати. Иако се у пракси теже долази у посед непокретних ствари, ипак када до њега дође – оне представљају врло ефективно право реалног обезбеђења потраживања. Притом, садржина права признатог законом може бити различита: само задржавање или задржавање и намирење (кумулятивно), а да се тиме никако не утиче на функцију ретенције - као средства самозаштите.

Коначно, можемо поставити питање да ли је оправдано искључити непокретности од могућности заснивања ретенције - само зато што се теже заснива државина на њима; или да ли је оправдано редуковати садржину ретенције непокретности само на овлашћење задржавања, без намирења – позивањем на велику вредност непокретности? Чињеница је да постоје покретне ствари које су веће вредности од непокретности, а да је намирење на њима свакако дозвољено; осим тога, могуће је да обезбеђено потраживање има већу вредност од непокретности – као објекта ретенције.

Ипак, ретенција непокретности се очигледно у појединим страним регулативама уређује битно другачије од ретенције покретних ствари, што су разлози да у делу рада о

објекту ретенције детаљније истражимо мотиве оваквог приступа и на том месту формулишемо предлог за будуће решење у српском праву.

2.2. Предлог посебних облика ретенције за српско право *de lege ferenda*

Осим претходно анализираних посебних модалитета ретенције, који већ постоје у српском позитивном праву, а то су: ретенција савесног држаоца, угоститеља и ретенција код неправне оставе, сматрамо сврсисходним проширење круга посебних врсти ретенције у будућем српском праву. Потреба за њиховим засебним нормирањем је неуклопивост у неки од услова предвиђених општим моделом ретенције. Како би се заштитио интерес повериоца у ситуацији када није правично лишити га овог ефективног средства самопомоћи, у случају изостанка само једног од услова из чињеничног скупа неопходног за њено конституисање, поједини законодавци у упоредном праву признају право ретенције појединим категоријама поверилаца. С обзиром да општа норма ни у једној регулативи не може да обухвати све случајеве у пракси када је конституисање ретенције сврсисходно и оправдано, чини нам се корисним усвајање оваквих посебних случајева ретенције и у домаћем праву *de lege ferenda*.

У ситуацији да општа регулатива ретенције остане неизмењена и у будућем српском праву, што и јесте предлог текста Нацрта ГЗС, сматрамо да је целисходно овај општи модел ретенције допунити неколицином посебних облика. Конкретно, чини нам се сврсисходним имплементирање појединих решења из упоредног права, нарочито из немачке и швајцарске регулативе⁴²⁸, а у циљу свеобухватније заштите интереса

⁴²⁸ Швајцарска регулатива има шаренолик опус различитих особених случајева ретенције, који се по неком свом обележју не уклапају у општи модел ретенције из чл. 895-898 ШГЗ. Притом, неки од ових облика су погодни за имплементацију и у нашем грађанском праву, а други су пак већ садржани у домаћој позитивној регулативи, у виду неки сродних института грађанског права (попут законског заложног права, приговора неиспуњеног уговора и сл.). Неки од модалитета из те друге групе случајева у швајцарском праву су: ретенција превозника (чл. 451 ШЗО), ретенција шпедитера (чл. 434 ШЗО), ретенција складишара (чл. 485 ШЗО) – што су у домаћем праву случајеви законског заложног права (а не ретенције). Затим, у случају „ретенције“ комисионара, као и трговачког путника и агента (чл. 434 и 418 ШЗО), швајцарска доктрина претежно сматра да је реч о посебном облигационом институту – приговору неиспуњеног уговора, а не о ретенцији. Даље, у случају ретенције пословође без налога и код неоснованог обogaћења (чл. 422 и чл. 65 ШОЗ), доктрина закључује да је по правилу реч о особеном облигационом праву задржања (а не о стварноправној ретенцији из чл. 895 ШГЗ). Осим тога у чл. 268 ШЗО регулисано је „посебно право ретенције“ закупадавца, али само пословног простора, на закупчевим, добровољно унетим покретним стварима. Особеност овог облика ретенције је непостојање адекватног поседа ретинента (закупадавца) на овим стварима у тренутку вршења ретенције, те манљивост засноване државине, због чега се овај модалитет не уклапа у општи модел швајцарске ретенције из ШГЗ. Стога се чине основаним оцене дела швајцарске доктрине да је и овде заправо реч о законском заложном праву, а не о ретенцији. Видети више код: К., Ofinger, *op. cit.*, str. 398.

повериоца у одређеним дужничко-поверилачким односима. Ова страна решења прописују више посебних случајева ретенције, те ћемо у овом делу рада анализирати оне случајеве чије усвајање сматрамо могућим и сврсисходним за српско будуће право.

2.2.1. Ретенција савесног налазача туђе изгубљене ствари

Опште правило о конституисању ретенције у вези са квалитетом државине повериоца-ретинента у домаћем, као и у упоредном праву, тиче се начина дозвољеног прибављања поседа ствари. Иако се законске формулације у појединим регулативама донекле разликују⁴²⁹, заједничко обележје свим решењима је следеће: услов заснивања поседа повериоца на ствари је искључиво *са вољом дужника*, дакле, *не против и мимо његове воље*. Будући да губитак ствари из поседа представља начин нежељеног престанка државине⁴³⁰ (дужника као власника ствари или трећег лица – коме је власник ствар поверио, у својству изгубиоца), јасно је због чега ова чињеница онемогућава заснивање ретенције налазача туђе изгубљене ствари,⁴³¹ према општем правилу.

Наиме, налаз туђе изгубљене ствари се у доктрини квалификује као фактичка радња која прозводи законом одређене правне последице.⁴³² У већини страних прописа⁴³³ законом није експлицитно признато право ретенције савесном налазачу овакве ствари, те је могућност ретинирања у овом случају предмет различитих доктринарних тумачења.⁴³⁴ Међутим, у немачкој регулативи⁴³⁵ постоји оваква

⁴²⁹ Више о томе видети у делу рада о квалитетима поседа ретинента као услову конституисања ретенције према општим правилима.

⁴³⁰ О различитим концептима изгубљене ствари видети: P. Tuor, B. Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979. str. 623. Cf. P. Bassenge, B. Danckel etc., *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 7, München, 1986, str. 1105; Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana, 2004. str. 292; I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić, L. Velić, *Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo, 2014., str. 412.

⁴³¹ Изгубљена ствар је покретна ствар, случајно изашла из поседа држаоца мимо његове воље, тако да он више не зна где се ствар налази. О појму изгубљене ствари и његовим елементима видети више код: А, Павићевић, Појам изгубљене ствари, *Правни живот*, 2014., knj. 569, br. 5-6, str. 103-116.

⁴³² Ово питање је у домаћим условима додатно интересантно будући да налаз изгубљене ствари није регулисан као особени оригинарни начин стицања приватне својине налазача, већ само државне својине, и то не законом као општим актом, већ посебним Упутством владе ФНРЈ о поступању са нађеним стварима, Сл. лист ФНРЈ бр. 93/1949. Више о позитивноправној регулативи налаза туђе изгубљене ствари видети: А., Павићевић, Правне последице налаза изгубљене ствари у српском праву *de lege lata* и *de lege ferenda*, *Гласник права*, 2014, год. V, бр. 1, стр. 35-51.

⁴³³ Видети: чл. 720-722 ШГЗ; чл. 134 до чл. 139 хрватског ЗВСП; чл. 136 до 141 македонског ЗССП; чл. 51 и чл. 52 словеначког СПЗ; чл. 120 до чл. 124 ЗСП Републике Српске; чл. 92 до чл. 100 ЗСПО Црне Горе.

⁴³⁴ О правним последицама налаза туђе изгубљене ствари у француском праву видети више код: J. L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil. Les biens*, Paris, 2000. стр. 249; а у аустријском праву: Н. Koziol, R. Welsler, *op.cit.*, стр. 60.

⁴³⁵ У Немачкој је налаз туђе изгубљене ствари регулисан у § 965-984 НГЗ.

специјална одредба, те елиминише потребу за „натегнутим“ екстензивним тумачењем или применом аналогije са општом нормом о ретенцији. На тај начин законодавац, по нашем мишљењу, оправдано штити легитимни интерес налазача, који је заснивањем поседа на ствари, њеним збрињавањем, чувањем и одржавањем имао извесне трошкове.⁴³⁶ Осим тога, моментом пријаве налаза надлежном органу (или изгубиоцу) он стиче статус савесног налазача, који по закону има право на налазачку награду од изгубиоца.⁴³⁷ На обезбеђење та два потраживања (накнада трошкова и налазачка награда) није применљиво опште правило о ретенцији (због начина стицања поседа налазача), иако су оба настала баш у вези са нађеном ствари.

Ситуација где налазач добровољно заснује државину и збрине нађену ствар, додуше без непосредног овлашћења изгубиоца, али у његовом интересу, највише подсећа на пословодство без налога. А чињеница је да овим фактом налазач стиче обавезе и трошкове које иначе не би имао. Стога нам се чини неправичним да то лице излажемо и додатним трошковима вођења судског поступка, у ситуацији када несавесни изгубилац ствари не жели добровољно да налазачу намири ова два (доспела) потраживања. Сви остали услови за настанак ретенције су притом задовољени: 1) налазач има пуноважно, доспело, одређено, новчано, ликвидно потраживање према изгубиоцу, коме је истовремено дужан да преда ствар (услов узајамности); 2) он, као поверилац, држи у рукама дужникову ствар (која је покретна, те је на њој свакако могуће и намирење); и додатно 3) постоји конекситет између задржане ствари и обезбеђеног потраживања.

Из свих ових разлога сматрамо оправданим решење НГЗ којим је налазачу туђе изгубљене ствари признато право ретенције до потпуне исплате дугованог од стране изгубиоца – противника ретенције. Притом, важно је нагласити да се у формулацији НГЗ јасно упућује на примену правила о ретенцији држаоца туђе ствари, који је изгубио виндикациони спор,⁴³⁸ а не на опште правило о цивилној ретенцији.⁴³⁹ Ово је значајно јер се тиме одређује законом признато дејство овог посебног случаја

⁴³⁶ Више о томе видети код: Н. Westermann, *op. cit.*, стр. 293.

⁴³⁷ Gierke DRP II 534; Planck – Broadman uz § 969 kom. 3; navedeno prema: Н. Westerman, *Sachenrecht*, Münster, 1960. стр. 293; J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch. Sachenrecht*, Berlin, 2002, стр. 673; Н. Westermann, *op.cit.*, стр. 296.

⁴³⁸ Чл. 1000 -1002 НГЗ

⁴³⁹ Чл. 273 ст. 2 НГЗ

ретенције, а то је не само право на задржање, већ и снажније: *право на намирење* из вредности ретиниране ствари.⁴⁴⁰

Сматрамо да је за српско будуће право ретенција савесног налазача⁴⁴¹ врло корисно средство самозаштите, које оправдано предлаже и творац Нацрта ГЗС.⁴⁴² Ипак, чини се да проблем недовољно прецизираног дејства овог института остаје и убудуће, што ће потенцијално и даље иницирати различита тумачења у доктрини и судској пракси. Стога сматрамо да би налазачу требало експлицитно законом признати право ретенције - са пуном садржином, као право да ствар: 1) задржи, али и 2) да се под општим условима из задржане ствари и намири.

Разлог што и налазачу треба признати ретенцију са правом намирења је следећи: ствар је покретна, по правилу и уновчива, те је у интересу савесног налазача да не мора о ствари предуго да брине, већ своје потраживање може брзо и ефикасно да реализује. Друга страна (изгубилац) је најчешће заинтересована да не изгуби својину на ствари њеном продајом, те ће под претњом могуће продаје бити додатно мотивисана да намири оба потраживања савесног налазача. Даље, могућа је и ситуација у којој изгубилац жели радије да жртвује пронађену ствар, него да надокнади трошкове налаза, те би признавањем налазачу само првог овлашћења – задржања нађене ствари, вршење притиска на дужника ових трошкова могло трајати бесконачно и бити потпуно неделотворно. А кључни разлог, по нашем мишљењу, је тај што у домаћем праву ретенција са намирењем представља једини облик овог института, те нема разлога да ова врста буде другачије садржине. Осим тога, чак и немачка регулатива овог облика

⁴⁴⁰ За разлику од овог посебног правила (чл. 1000-1002 НГЗ), опште правило из чл. 273 НГЗ предвиђа слабије дејство грађанске ретенције.

⁴⁴¹ Интересантно је на овом месту поменути и један сличан институт чије је регулисање такође предложено Нацртом грађанског законика Србије (чл. 1792-1797), а то је: *налаз скривеног блага*, који такође представља фактичку радњу која имплицира извесне облигационоправне и стварноправне последице по налазача. Код овог института можемо поставити исто питање: да ли је и ово ситуација у којој би била применљива посебна ретенција. Више о појму скривеног блага и разликама у односу на појам изгубљене ствари видети у: А., Павићевић, Појам скривеног блага = *Legal concept of hidden treasures*, у: С., Ђорђевић, (ур.). *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније. Књ. 2*. Крагујевац: Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, 2014, стр. 323-338. Ипак, с обзиром да је основна обавеза за савесног налазача скривеног блага пријава налаза надлежном органу, а у циљу збрињавања вредног предмета и његово обезбеђење од пропадања, као и да није циљ налаза - повраћај ствари изгубиоцу (јер ствар није изгубљена, власник више не постоји), у питању је дакле, битно другачији чињенични скуп. Због тога се чини да интерес савесног налазача није неопходно заштитити признавањем права ретенције, за разлику од случаја налаза изгубљене ствари. Будући да обавеза предаје ствари надлежном органу доводи до престанка државине налазача, а пошто без поседа нема ни ретенције, чини се да у овом случају нема места за примену овог средства обезбеђења потраживања. Више о томе у: А., Павићевић, *Pravne posledice nalaza skrivenog blaga u srpskom pravu*, *Nova pravna revija*, 2015, god. 5, br. 1-2, str. 86-93.

⁴⁴² Чл. 1784 ст. 4 Нацрта. Више о томе: А., Павићевић, *Nalaz tuđe izgubljene stvari u uporednom pravu i budućem srpskom pravu*, *Pravni život*, knj. 584, br. 10/2016, str. 547-564.

ретенције предвиђа да њену садржину чини и право намирења, што је последица владајућег становишта немачке доктрине да постојање материјалног конекситета оправдава ефекат права намирења.

Коначно, ова ситуација је слична са ретенцијом савесног држаоца туђе ствари, који је изгубио реивиндикациони спор. Једина разлика је што у овом случају спора није било – изгубилац има право на виндикациону тужбу, само је још увек није употребио. Ако је употреби, налазач губи спор и мора ствар да врати, али ће моћи ствар да задржи (као обезбеђење потраживања трошкова око ствари), као и да се намири из ње (јер је то садржина ретенције у домаћем праву).

2.2.2. Ретенција пословође без налога

Аргументација која је наведена у прилог имплементирања специјалне ретенције савесног налазача туђе изгубљене ствари, чини нам се применљивом и на случај пословодства без налога.⁴⁴³ Наиме, сличност ове две ситуације је у чињеници обављања одређеног посла (или фактичке радње са законом признатим правним последицама), у интересу, али без претходног овлашћења, господара посла као власника ствари, у улози дужника трошкова и награде због обављеног посла.

С обзиром да ни у овом случају дужникова ствар није у поседу повериоца-задржаоца са вољом дужника, није могуће позвати се на примену опште одредбе о ретенцији.⁴⁴⁴ Ипак, ово питање можемо означити као спорно: иако је реч о послу који се обавља без налога, дакле не на основу воље господара посла, истовремено није реч ни о заснивању поседа - против воље власника ствари, те би најтачније било рећи да је ово државина – без воље власника ствари. Стога, можда би чак било могуће за ову ситуацију применити и општу норму о ретенцији из ЗОО, уз испуњеност осталих услова предвиђених законом. Ипак, чињеница је да је реч о „граничном“ случају, због специфичног начина заснивања државине на ствари, који не одговара у потпуности

⁴⁴³ Пословодство без налога је у домаћем позитивном праву регулисано у чл. 220-226 ЗОО. У швајцарској регулативи овај институт је нормиран у: чл. 419-424 ОЗ.

⁴⁴⁴ У швајцарском праву је општеприхваћен став да на овај случај ретенције није применљиво опште правило о ретенцији из чл. 895-898 ШГЗ, због чињенице да се ствар (начелно) не налази у рукама повериоца са пристанком дужника. Међутим, због формулације чл. 895 ШГЗ и захтева да је ствар у рукама повериоца: „са пристанком дужника“, а не као у српском позитивном праву: да „ствар није изашла из државине дужника против његове воље“, ипак је могућа у одређеним ситуацијама и примена општег правила. Реч је о ситуацији када се господар посла накнадно сагласи са поседом ствари пословође без налога.

типичном чињеничном скупу, неопходном за настанак ретенције према општем правилу.

У циљу свеобухватније заштите интереса ове категорије поверилаца, сматрамо да би било корисно увести специјалну норму о признавању овог модалитета ретенције у будућем српском праву. Стога би регулативу пословодства без налога у Нацрту ГЗС требало допунити одредбом којом се експлицитно признаје право ретенције и незваном вршиоцу туђег посла и то по узору на швајцарско право.

2.2.3. Ретенција ухваћене животиње

У хрватском⁴⁴⁵ и у швајцарском⁴⁴⁶ позитивном праву експлицитно је прописан посебан облик права задржавања: *ретенција одбегле ухваћене животиње* (или роја пчела), од које је настала штета власнику те непокретности или су у вези са тим власнику настали нужни трошкови. Могло би се рећи да је у овом случају исти *ratio* као и код савесног држаоца туђе ствари: задржава се она ствар „која дугује“, тј. у којој су инкорпорисани трошкови (постоји тзв. материјални конекситет). Ипак, овај држалац није савестан према општем правилу (он зна да нема посебан правни основ по ком би био овлашћен да држи ствар), већ је само свестан своје потребе за вршењем самопомоћи у случајно насталој ситуацији.

Овај случај подсећа на ретенцију савесног држаоца туђе ствари који је изгубио виндикациони спор, али се ипак разликује у следећим обележјима: а) потраживање се односи само на *штету* коју је причинила животиња и на *нужне трошкове* које је ретинент имао око ње, али не и на корисне (ово решење је оправдано, јер није логично улагати у туђу одбеглу животињу, па су корисни трошкови овде уствари немогући⁴⁴⁷); б) основ заснивања поседа је закон у ужем смислу, а не уговор; и в) животиња је нестала, а није поверена, што значи да је државина на ствари изгубљена мимо воље њеног држаоца, па самим тим ни државина налазача није заснована у складу са вољом дужника (те не би могла бити вршена ретенција према општем правилу из чл. 286-289 ЗОО). Ова последња наведена разлика је уједно и кључна.

⁴⁴⁵ Чл. 106 ст. 3 хрватског Закона о власништву: „*Ako je od životinje, roja pčela i drugih stvari koje su dospjele na tuđu nekretninu ili od njihova uzimanja ili vraćanja natrag nastala šteta za vlasnika nekretnine na koju su te stvari dospjele, ili ako su s tim u svezi za vlasnika nekretnine nastali troškovi koji su bili nužni, on ima pravo zadržati stvar sve dok mu šteta i troškovi ne budu u cijelosti naknađeni.*“

⁴⁴⁶ У швајцарском праву је предвиђен посебан модалитет ретенције за ухваћену туђу животињу на својој непокретности. Видети: чл. 57 ШЗО

⁴⁴⁷ Евентуално је могуће дресирати одбеглог пса, што би био корисни трошак око задржане ствари, али за остале одбегле животиње је тешко замислити корисни трошак – којим би се оне побољшале.

У хрватском праву је недвосмислено реч о специјалном облику ретенције. Са друге стране, у домаћем позитивном праву овакво решење не постоји, па се правна празнина, попуњава правним правилом СГЗ, али у њему се експлицитно дозвољава (законска) залога ухваћене животиње – а не ретенција.⁴⁴⁸

Интересантно је да се и у Нацрту будућег грађанског законика⁴⁴⁹ регулише: *задржавање ухваћене животиње „као залог“*. У овој формулацији се експлицитно упућује на законску залогу, упркос употреби термина: „задржавање“ у залози. У сваком случају, ово би могао бити и посебан случај *задржавања туђе ствари*, који би се могао означити као посебни модалитет ретенције у српском будућем праву, или пак, да се третира као законска залога, што је сада случај. При оцени ова два могућа решења, сматрамо да је у интересу титулара да ово право обезбеђења буде регулисано као законска залога, зато што се она не губи престанком државине, за разлику од ретенције.

2.2.4. Ретенција закуподавца пословног простора

У швајцарском праву постоји посебна законска одредба⁴⁵⁰ којом се закуподавцу пословног простора⁴⁵¹ признаје право ретенције на унетим покретним стварима закупца (које се затекну у простору), зарад обезбеђења доспеле закупнине. Законском нормом се изричито елиминишу следеће категорије ствари, као „неподобни“ објекти ретенције: 1) незаплењиве; 2) ствари за које закуподавац зна да нису власништво закупца; и 3) оне које је њихов држалац изгубио или су му украдене. Овакве забране указују на намеру

⁴⁴⁸ Постојећа правна празнина у ЗОО се попуњава применом предратног правног правила из параграфа 817 СГЗ, а на основу чл. 4 Закона о неважности из 1946. Параграф 817 СГЗ: „Ухваћена у штети животиња *остаје у залози за накнаду*, коју је дужан онај чија је животиња, за осам дана учинити. Ако се не поравнају, дужни су ствар суду јавити. Оштећени није дужан животињу из залог пре издати, док му се или накнада не учини или сигурност довољна не постави“.

⁴⁴⁹ У Нацрту грађанског законика Србије ово право власника непокретности је регулисано у облигационом делу законика у одсеку 3, у чл. 325 под насловом: „Кад је животиња ухваћена у штети“: „Држалац земљишта има право да ухвати туђу животињу која ту чини штету и да је *задржи као залог за наплату накнаде*. Он је дужан да без одлагања обавести о штети и *задржавању* сопственика животиње, а ако не зна ко је сопственик, онда надлежни орган јединице локалне самоуправе.“

⁴⁵⁰ Видети: чл. 268 ШЗО

⁴⁵¹ Изменом швајцарске регулативе из 1990. године одредбом чл. 268 швајцарског ОЗ је призната ретенција закуподавцу (искључиво) пословног простора, за разлику од раније важеће одредбе којом је ово право обезбеђења било признато сваком закуподавцу, без ограничења (некадашњи чл. 272-274 ОЗ). Више о томе видети код: Туог, Schnyder, Schmidt, *op. cit.*, стр. 711. Оваква законска измена потенцијално сугерише појачани заштитни став законодавца према интересима закуподавца у привреди, за разлику од закуподавца стамбеног простора, дакле у односима између нетрговаца. Ово је иначе атипично за јединствени модел регулисања грађанске и трговачке ретенције у овој регулативи.

законодавца да овој ретенцији призна овлашћење намирења⁴⁵² (исто као и у општем правилу из чл. 895-898 ШГЗ), јер: ствар мора бити могуће изложити продаји; она мора бити дужникова; и не сме изаћи из поседа дужника против његове воље.

Међутим, с обзиром да оваквој ретенцији недостаје општи услов, а то је постојање непосредног поседа повериоца – закупадавца на задржаваној ствари (као услова *sine qua non* ретенције), у литератури⁴⁵³ се налази на оправдане оцене да је ово један од случајева тзв. дематеријализоване ретенције. Ипак, пошто је ретенција у нераскидиво повезана са поседом ствари, сложићемо се са делом швајцарске доктрине,⁴⁵⁴ која у овом институту препознаје законску залогу, а не ретенцију (упркос употребљеном законском термину). Стога нам се чини да је целисходније, у случају признавања оваквог права обезбеђења повериоцу-закупадавцу у српском будућем праву, експлицитно нормирати овај случај као случај законске залогe, а не ретенције.

2.2.5. Закључна разматрања о посебним случајевима ретенције предложеним за будуће домаће право

Сви претходно наведени посебни случајеви ретенције из упоредног права имају свој *ratio* и функцију заштите интереса појединих категорија поверилаца, у случајевима када изостаје неки од услова предвиђених општим правилом о ретенцији. Стога њихово увођење у будуће српско право предлажемо као корисну новину и допуну опште регулативе ретенције у Нацрту. Ипак, у погледу дејства ових потенцијално нових модалитета ретенције у будућем домаћем праву, могуће је заузети различите ставове, уз релативно уједначену аргументацију. Тако је једна могућност прихватање предлога дела доктрине⁴⁵⁵ за признавањем слабијег дејства ретенције, без могућности намирења, за претходно наведене модалитете, будући да је реч о изузецима од општег правила ретенције грађанског права.

Наиме, у сваком од ових случајева недостаје бар по један општи услов за заснивање опште ретенције: 1) код савесног држаоца туђе ствари – недостаје услов доспелог потраживања; 2) код угоститеља – недостаје услов да ствар мора бити дужникова (а потенцијално и услов поседа ствари); 3) код ретенције савесног налазача

⁴⁵² О поступку реализације права намирења из вредности ове категорије ретинираних ствари, као и о особеностима намирења закупадавца у стечајном поступку дужника видети: чл. 283 и 284 швајцарског закона о стечају (*Schweizerische Konkurs Gesetz*).

⁴⁵³ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, str. 261.

⁴⁵⁴ K., Oftinger, *op. cit.*, str. 398.

⁴⁵⁵ Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 172.

туђе ствари, туђе одбегле животиње и пословође без налога – недостаје услов да ретинентов посед мора бити заснован са вољом дужника.

Међутим, овај трећи услов није на исти начин конципиран у различитим регулативама: наиме, у швајцарском праву се изричито захтева заснивање државине ретинента - са престанком власника ствари, те у њему оваква формулација недвосмислено искључује ретенцију ове категорије поверилаца. Са друге стране, у домаћем праву законска формулација је следећа: да ствар не сме изаћи из поседа држаоца - против његове воље. Будући да ово нису случајеви манљиве државине (прибављене силом, преваром, злоупотребом поверења или сличним радњама) не можемо рећи да је посед заснован – против воље власника ствари, иако истовремено није ни са његовом вољом. Дакле, ово би био особен случај заснивања државине мимо (без) воље власника ствари. У сваком случају, како би се отклониле недоумице, сматрамо да би ретенцију у сваком од наведених случајева требало експлицитно признати у будућем пропису.

Можда би зато у свим овим посебним случајевима дозвољене ретенције било оправдано признати јој ужу садржину (само задржавање): јер је изузетак од правила (а изузеци се уско тумаче); јер се дешава у нетрговачкој сфери; јер недостаје неки од услова који тек кумулативно оправдавају губитак својине дужника на ствари – њеном продајом и намирењем.

Ипак, овај први предложени приступ нам се чини формалистичким. Неадекватним нам се чини закључак да садржину ових посебних врсти ретенције не треба да чини и овлашћење намирења, само зато што недостаје неки од услова предвиђених општом нормом о ретенцији, а притом: у свакој врсти недостаје други елемент; а ти елементи чак нису ни истог значаја. Контрааргументација претходно наведеног става је следећа: да су ово претежно случајеви материјалног конекситета (као правне везе између задржаване ствари и потраживања „инкорпорисаног у њој“), за који се и у упоредном праву, а нарочито у НГЗ, сматра да легитимизује снажније дејство ретенције (за разлику од случајева правног конекситета). У свим овим случајевима је реч о: покретним, по правилу и уновчивим стварима, за које је ретенцији практично признат крајњи ефекат, а то је реализација намирења ретинента из цене остварене продајом ретиниране ствари. Коначно, наше садашње право не познаје ни један случај ретенције без права намирења.

У сваком случају, сматрамо значајним кораком предложено увођење оваквог правила *de lege ferenda*, а крајњи ефекат тако признате ретенције, зависио би од

актуелног опредељења законодавца и оцене преваге неког од општих правних интереса, које нормом треба сразмерно заштитити.

3. Грађанска и трговачка ретенција

Подела ретенције на грађанску и трговачку врши се према сфери правног промета у којој се ретенција врши (грађанској или трговачкој). С обзиром на то да ће остатак рада бити посвећен грађанској ретенцији, на овом месту ћемо детаљније размотрити трговачку. Предмет наше анализе у овом делу ће бити: а) настанак и развој трговачке ретенције; б) њене опште карактеристике, в) концепт у позитивном упоредном праву; и г) разлике између трговачке и грађанске ретенције.

3.1. Настанак и развој трговачке ретенције

Критеријум за ову поделу је сфера правног промета у којој се ретенција примењује, као и посебна категорија субјеката као учесника. Историјски развој трговачке ретенције је сложен и значајан, будући да указује на генезу овог модалитета ретенције; почев од права са ефектом цивилне ретенције, до права готово изједначеног по дејству са заложним: са дејством првенственог намирења из вредности ретиниране ствари.⁴⁵⁶

Модел ретенције таквог дејства први пут је постављен у немачком трговачком закону (НТЗ)⁴⁵⁷, а и данас у овој регулативи фигурира са сличном концепцијом. Овакав модалитет ретенције (са готово истим обележјима) познавало је и некадашње

⁴⁵⁶ *Првом фазом* у генези трговачке ретенције можемо означити изворно опште регулисање ретенције у статутима италијанских трговачких градова. *Друга фаза* представља даље ширење овог модела регулисања ретенције, које је оличено аустријском Уредбом о размени из 1763. Године. У овој фази развоја су нарочито ојачана права превозника робе током транспорта; у Пруској су картери (превозници, капетани и морнари) добили посебну законску заштиту, признавањем обухватнијих права обезбеђења на роби коју превозе, одобрена на основу тзв. Опште трговинске уредбе и Општег државног кода пруских држава. Уредба о стечајном поступку од 8. Маја 1855. године је превознику признала законско заложно право, да би коначна формулација ове одредбе, садржана у чл. 409 трговинског законика, гарантовала превознику: „*заложно право и право ретенције на транспортној роби*“ за сва потраживања настала у вези са уговором о превозу. *Трећу фазу* представља коначно доношење немачког трговачког законика у коме је регулисано „специјално право трговачке ретенције“, уређено некадашњим параграфима 313-316 НТЗ. Тиме је тадашњи законодавац поставио општу норму о трговачкој ретенцији, која у односу на грађанскоправну важи као *lex specialis*. Више о фазама у развоју трговачке ретенције у регулативама германског правног круга видети код: А., Coppel, *op. cit.*, стр. 9; М., Volmer., *op. cit.*, стр. 25.

⁴⁵⁷ § 313 некадашњег НТЗ

српско право.⁴⁵⁸ Некадашњи трговачки законици који су се примењивали на различитим територијама Краљевине Југославије, уређивали су ретенцију трговачког права на знатно модернији начин у односу на решења грађанског права, с обзиром на развијеније и суштински другачије потребе првог.⁴⁵⁹ Данас, домаћа регулатива, као и оне из нашег окружења, следе швајцарски модел монистичког регулисања грађанске и трговачке ретенције, због чега све што важи за цивилну, истовремено важи и за трговачку ретенцију у овој групи регулатива.

Ипак, две значајне регулативе германског правног круга (немачка и аустријска трговачка) доследно истрајавају у двојном регулисању ретенције у овим два сферама правног промета. Стога је наш циљ да у овом делу рада анализирамо особености трговачке ретенције у овим решењима и истражимо *ratio* различитих концепата, а ради формулисања што адекватнијег предлога за српско будуће право.

3.2. Опште карактеристике трговачке ретенције

Трговачка ретенција у већем броју регулатива има низ особености и то у погледу: услова заснивања, садржине, правног дејства, као и правне природе. Стога ћемо на овом месту у раду сумарно изложити њена обележја.

1. *Услови заснивања.* Трговачка ретенција настаје у случају кумулативно испуњених законских услова, па важи у следећим околностима: 1) по правилу, само за доспела потраживања (а у малом броју држава и за недоспела)⁴⁶⁰; 2) искључиво у

⁴⁵⁸ Некадашњу домаћу регулативу трговачке ретенције оличава неколико законских текстова, у различитим периодима и то: 1) бивши трговачки законици Краљевине Југославије (а) у чл. 313-315 Аустријског Трговачког законика; б) у чл. 309-310 Хрватског трговачког закона; в) у чл. 326-327 Босанско-херцеговачког Трговачког закона; затим, 2) Закон о меници (*Zakon o menici iz 1928*; а после рата, ретенција је била уређена у § 87-89 Закона о меници из 1946. год. *Службени лист ФНРЈ*, бр. 104/46); 3) Закон о адвокатури (§ 30 Закона о адвокатури из 1957. год., овлашћивао је адвоката да задржи готовину и хартије од вредности свог клијента, ради обезбеђења трошкова и награде и да се *намири* из вредности објекта ретенције; и 4) Закон о јавним складиштима (§ 30 и 37 Закона о јавним складиштима из 1930 године). Ретенција је била нормирана и у Југословенском Трговачком законнику из 1937., који никада није ступио на снагу, као и у Закону о вађењу потонулих ствари из 1966.

⁴⁵⁹ Више о томе видети у: *Enciklopedija imovinskog prava...*, Tom drugi, Beograd, 1978, стр. 1273; В., Капор, З., Антонијевић, Привредно право - Послови робног промета, Београд, 1961, стр. 57; Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања..., стр. 18 и 19; С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 525.

⁴⁶⁰ До скоро је овај изузетак постојао и у немачкој трговачкој регулативи, али након законских измена, НТЗ више не познаје тзв. нужну ретенцију, као изузетак од правила о ретинирању само зарад обезбеђења доспелих потраживања. Са друге стране, регулатива аустријске трговачке ретенције и даље предвиђа овај вид „ванредне“ ретенције (за недоспела потраживања). Чл. 370 аустријског Законика о предузећима (UGB). Ванредна ретенција у аустријском трговачком праву тако може да се врши зарад обезбеђења недоспелих потраживања у следећим ситуацијама: ако је над имовином дужника отворен стечај; ако је дужник обуставио плаћања (услед инсолвентности) или ако је безуспешно покушано принудно извршење на његовој имовини.

односима између трговаца; 3) из обостраних трговачких послова; 4) на покретним уновчивим стварима, хартијама од вредности и новцу⁴⁶¹; 5) на стварима које су по правилу у својини дужника или су му дате на располагање⁴⁶²; 6) које су са вољом дужника доспеле у државину повериоца и 7) под условом да поверилац ретинирањем не би повредио претходно преузету обавезу да са наведеним стварима поступа на одређени начин.⁴⁶³

2. *Садржина и дејство.* Осим права задржавања, трговачкој ретенцији је, у државама које је познају као засебан облик, додато и овлашћење више, а то је намирење.⁴⁶⁴ Овај институт трговачког права у доктрини се представља као еволуирана ретенција грађанског права. Њена суштинска особеност је прилагођеност потребама бржег, ефикаснијег, рационалнијег и сигурнијег трговачког правног промета, чија је садржина, сходно томе, морала бити ојачана у односу на „обичну“ ретенцију грађанског права. Ефекат ове правне конструкције је, како доктрина наводи, „*право ретенције које се повећава до заложног права*“.⁴⁶⁵ Ово право делује првенствено према дужнику⁴⁶⁶, али и према трећим лицима, које приморава да испоштују ретинентово преференцијално право намирења. Оно (по први пут) гарантује повериоцу право на

⁴⁶¹ Разлог редукованог круга подобних објеката за ретенцију је чињеница да се тргује пре свега покретним стварима. Непокретностима евентуално тргују грађевинске фирме, али и тада су покретности најчешћи објекти ретенције, док су станови, по правилу, наручени од стране трећег лица, које није трговац. Стога је и у таквој ситуацији zgodније задржати пр. багер грађевинске фирме која фирми за постављање паркета није платила, него незавршен стан. Ово је, по нашем мишљењу, кључан разлог што је тешко замислити ретенција непокретности међу трговцима. Са друге стране, у доктрини се истиче као отежавајућа околност и начин намирења из вредности ретиниране непокретности, као и постојање различног права у случају стечаја. У том смислу проблем представља изостанак публицитета овог права на њима, којим се за непокретне ствари остварује дејство *erga omnes* (насупротив покретним стварима, код којих државина има функцију публицитета). Тако и: S., Petrić, *nav. delo*, str. 107. Са друге стране, непокретности су ствари које имају велику вредност, које су погодне за брзо уновчење, јер ће на јавној продаји купац пре купити стан, него какву другу коришћену ствар). Ово је стога, још један могући угао посматрања ове проблематике.

⁴⁶² Трговачка ретенција је схваћена као право врло блиско стварном праву на туђој ствари (*ius in re aliena*), које ретинента овлашћује на намирење из њене вредности, због чега је логичан захтев да ствар мора бити у својини дужника. Ипак, постоје и изузеци од овог правила. Видети: § 369 НТЗ. Ретенција на стварима трећих лица, у овим два регулатива се по правилу не дозвољава. Видети више код: Gierke, *op. cit.*, стр. 469.

⁴⁶³ Више о значењу и домањају примене овог законског искључења ретенције видети код: Baumbach, Duden, *op. cit.*, стр. 499.

⁴⁶⁴ Видети више код: Н., Sperl, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege*, I Band, Das Zivilprozess Recht, Wien und Leipzig, 1930, стр. 136

⁴⁶⁵ А., Coppel, *op. cit.*, стр. 11-12.

⁴⁶⁶ Дејство трговачке ретенције према дужнику се схвата као комплекс позитивних прерогатива повериоца (наспрам цивилној ретенцији схваћеној као претежно негативном овлашћењу ретинента). Тако се у немачкој доктрини трговцу - ретиненту по правилу признаје право на: државину; приговор против захтева за предају ствари; намирење (аналогно са правилима о намирењу залогопримца из НТЗ); првенствено намирење; и различно право у стечају. Важна разлика у односу на намирење залогопримца јесте прописивање знатно краћег рока који мора да протеку од обавештења дужника о планираном намирењу из вредности његове ствари до реализације намирења. Уместо рока од месец дана, прописан је рок од 8 дана. Видети: чл. 1234 НТЗ. U austrijskom trgovačkom pravu: § 371 ст. 2 UGB

тужбу на основу које ће издејствовати извршни наслов и реализовати продају, а у стечајном поступку омогућава различно право повериоца.⁴⁶⁷

3. *Правна природа.* „Спајањем“ норми заложног права и опште грађанске ретенције, по схватању доктрине, настало је својеврсно: „трговинско заложно право“⁴⁶⁸; тј. „ослабљено заложно право“⁴⁶⁹; „квалификовано право ретенције“⁴⁷⁰; „непотпуно заложно право“⁴⁷¹; „хибридна творевина са дејством заложног права, али без стварноправног карактера“ или чак, по схватању неких аутора - „*tacitum pignus*“ (прећутна залога).⁴⁷²

Правна природа овог института се у германској доктрини врло различито квалификује; а у прилог овом спору сведочи и судска пракса, конкретно одлука Врховног трговинског суда Рајха у којој се тадашња трговинска ретенција квалификује као „законско заложно право“, уз „призната дејства заложног права, али не и стварноправну природу“.⁴⁷³ У поменутој пресуди се трговачка ретенција означава као ослабљено законско заложно право с обзиром на слабије ефекте базе овог института, а то је општа грађанска ретенција; док се тај слабији ефекат суштински огледа у одсуству права следовања, која га чини „недовршеним заложним правом“. Суштински, како се у пресуди закључује трговачка ретенција је идејно: „*проширење компензације са новца на ствари*“, те њена функција оправдава дејство, упркос начелном неуклапању у уобичајени систем права реалног обезбеђења потраживања. Стога, немачка доктрина⁴⁷⁴ по правилу тумачи трговачку ретенцију као *лично (облигационо) право* које се путем судске одлуке којом је наложена продаја *трансформисало у судско заложно право*, које је на граници између римске ретенције и права компензације.

Ипак, упркос настојањима превасходно немачке доктрине⁴⁷⁵, да трговачкој ретенцији одузме карактер стварног права, неспорно је да је управо овај модалитет представљао историјски искорак у квалификацији ретенције и њеног крајњег домашаја, те означио досадашњи врхунац њеног еволуцијског тока, почевши од средства

⁴⁶⁷ Н., Sperl, *op. cit.*, стр. 484-485.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ Овај став заступа аутор Wolff. Нав. према: А., Coppel, *op. cit.*, стр. 13.

⁴⁷⁰ Овако одређује правну природу трговачке ретенције аутор Laband. Нав. према: А., Coppel, *op. cit.*, стр. 14.

⁴⁷¹ Овај став заступа аутор Goldschmidt. *Ibid.*

⁴⁷² Ово је одређење аутора: Anschutz-a и Volderndorff-a. *Ibid.*

⁴⁷³ Нав. према: А., Coppel, *op. cit.*, стр. 14.

⁴⁷⁴ Овако одређење наводи аутор Hahn. Нав. према: F., Korn, *op. cit.*, стр. 17.

⁴⁷⁵ Видети више код: F., Korn, *op. cit.*, стр. 17-18.

притиска, до средства ефикасног намирења, које показује бројне одлике стварног права обезбеђења потраживања.

3.3. Концепт трговачке ретенције у позитивном упоредном праву

У упоредном праву постоје монистички и дуалистички приступ регулисања грађанске и трговачке ретенције.⁴⁷⁶ Српска регулатива спада у прву групу, што је последица оцене домаћег законодавца и доктрине да је монистички (јединствени) приступ регулисања ових двеју сфера промета: савремен и сврсисходан.⁴⁷⁷ Не само домаћа, већ и све регулативе из нашег окружења са заједничком правном традицијом, а које следе швајцарски модел, припадају овом типу.⁴⁷⁸

Ипак, упркос свеопштој комерцијализацији грађанског права немогуће је не уочити знатне разлике између ових двеју сфера промета и не запитати се да ли оне ипак условљавају потребу за различитим регулисањем ретенције? *Трговачка ретенција* има бројна особена обележја због чега је у многим регулативама и уређена посебним прописом, на садржински другачији начин од грађанске, што се у литератури означава као дуалистички приступ.⁴⁷⁹ Типични репрезенти⁴⁸⁰ таквог приступа ретенције су нарочито: немачко трговачко⁴⁸¹ и аустријско трговачко право.⁴⁸² Док се у немачком праву и даље примењује Немачки трговачки законик из 1897. године⁴⁸³ (уз бројне законске измене), у аустријском трговачком праву је 2007. године донет нови,

⁴⁷⁶ Д., Медић, Право задржавања (ретенције), *нав. дело*, стр. 538.

⁴⁷⁷ С., Перовић, Д., Стојановић, Коментар ЗОО, стр. 672.

⁴⁷⁸ То су: хрватска, црногорска, македонска, словеначка и регулатива БиХ. Отуд је и доктринарна дефиниција трговачке ретенције идентична одређењу цивилне: „*Pravo zadržanja (retencije) je ovlaštenje vjerovnika da dužnikovu stvar, koja se nalazi u njegovim rukama zadrži do ispunjenja tražbine te da se ako ispunjenje izostane, naplati iz njezine vrijednosti.*” Н., Horak, K., Dumančić, B. Preložnjak, Z. Šafranko, Uvod u trgovačko pravo, Zagreb, 2011., стр. 107; О., Jelčić, *op.cit.*, стр. 86; Klarić, P., Vedriš, M., *op. cit.*, стр. 433. Стога, ови аутори закључују да је: „код права задржања гијеч о *stvarnom* ројачанју уговора”.

⁴⁷⁹ Важно је напоменути да се цивилна и трговачка ретенција у овим регулативама налазе у односу општег и посебног правила; дакле, и у трговачким стварима се може примењивати ретенција по правилима грађанског права, као општа норма (као средство притиска) из чл. 273 НГЗ и чл. 471 АГЗ.

⁴⁸⁰ Ове две регулативе смо издвојили као представнике модела опште трговачке ретенције. Ипак, важно је напоменути да и у другим регулативама постоје бројне специјалне норме које регулишу поједине модалитете и домашја примене ретенције у трговачком промету тих земаља. Таква је ситуација нпр. у француском трговачком праву. Видети следеће одредбе француског трговачког законика: Code de commerce, Articles L622-7, L641-13, L642-12, L642-20-1. Текст законика доступан на интернет адреси: https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379.

О појединим решењима француског трговачког законика видети у: V., Krulj, Trgovački zakonik Francuske, Beograd, Savremena administracija, 1976., Predgovor, стр. 3-10.

⁴⁸¹ Чл. 369 НГЗ

⁴⁸² Чл. 369-371 Аустријског законика о предузећима

⁴⁸³ Немачки трговачки законик – Handelsgesetzbuch – HGB. У даљем тексту НГЗ. (доступан на интернет адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html>).

модернији трговачки пропис, тзв. *Unternehmensgesetzbuch* (UGB),⁴⁸⁴ којим је и ретенција регулисана на донекле другачији начин⁴⁸⁵ у односу на решење до тада важећег Аустријског трговачког законика.⁴⁸⁶

3.4. Разлике између трговачке и грађанске ретенције

На основу прегледа карактеристика трговачке ретенције у савременом упоредном праву можемо закључити да су основне разлике трговачке у односу на грађанску ретенцију следеће:

1. Круг субјеката као учесника грађанскоправног односа насталог вршењем ретенције је редукован: субјекти међу којима се право ретенције врши су *искључиво трговци*⁴⁸⁷ (поверилац-ретинент је трговац и дужник-противник ретенције је трговац). Насупрот томе, субјекти цивилне ретенције су поверилац и дужник који нису трговци или један од њих није трговац.

2. Врста правних послова у оквиру којих ретенција може настати такође је лимитирана и то на сферу правних послова из узајамног трговачког пословања. *Трговачки карактер посла*⁴⁸⁸ указује да обезбеђено потраживање има ужи број „извора“, што је оправдано због значајније повреде имовинских интереса противника ретенције - трговца (у односу на ретинента-нетрговца). Трговачки промет има израженију потребу за ефектнијим - реалним средствима обезбеђења потраживања и за узајамним поверењем странака, као прошлих, садашњих и будућих потенцијалних

⁴⁸⁴ Unternehmensgesetzbuch (UGB) је нови аустријски „Законик о предузећима“ из 2007. године. У њему је ретенција регулисана чл. 369- 371.

Internet adresa: http://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_%28UGB%29.html.

⁴⁸⁵ 01. januara 2007. godine (§ 906 stav 14) *austrijski Trgovinski zakonik* (HGB) је u velikom obimu reformisan sa *Zakonom o promeni Trgovinskog prava* (HaRÄG) i pritom је preimenovan u *Zakonik o preduzećima* (UGB). Више о томе у: Н., Krejci, *Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*. Linde, Wien 2007; W., Dehn, *Das neue UGB*. 2. Auflage. Linde, Wien 2007; A., Egger, H., Samer, R., Bertl: *Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch*. 12. Auflage. Band 1: Der Einzelabschluss, Linde, Wien 2008; D., Lackner: *Fachbereichsarbeit „Unternehmensrecht in Österreich“*. Wien 2007/2008.

⁴⁸⁶ Аустријски трговачки законик (АНGB). *Handelsgesetzbuch Österreich* из 1897. у Аустрији се примењивао од 1938. Године. У даљем тексту АТЗ. Видети: § 369-371 АТЗ. Његова решења трговачке ретенције није потребно засебно разматрати јер су идентична решењима НТЗ.

⁴⁸⁷ Видети: чл. 369 НТЗ (*Ein Kaufmann*) и чл. 369 UGB. Притом, лица која се сматрају трговцима -уређују ови трговачки законици. Видети: § 1-6 НТЗ. О могућности ретенције „привидног трговца“ у ситуацији савесности дужника-трговца (али и обрнуто) видети више код: А., Vaumbach, K., Duden, *Handelsgesetzbuch, Beck'sche - Kurz Kommentare*, Band 9., München-Berlin, 1959., стр. 25.

⁴⁸⁸ *Handelsgeshhäft* (трговачки посао). Видети: чл. 369 НТЗ. О томе шта представља трговачки посао у немачкој регулативи видети: § 343 и 344 НТЗ. У немачкој доктрини се општеприхваћено сматра да овде спадају не само двострани трговачки послови, већ и једностранни, као и правне радње уопште. Услов је само да су послови узајамни.

пословних партнера, чији однос нарушава и сам помен „залог“.⁴⁸⁹ *Учесталост и интензитет* ове врсте правног промета; као и брзина, ефикасност и рационалност у пословању⁴⁹⁰ изискују једно снажно средство обезбеђења потраживања, које садржи овлашћење намирења.

3. Последица увиђања ових суштинских разлика у потребама грађанског и трговачког промета су у неким регулативама узроковали *различите услове* за заснивање и реализацију трговачке ретенције у односу на грађанску.⁴⁹¹ Разлике у условима конституисања ова два модалитета ретенције тичу се: а) појединих карактеристика обезбеђеног потраживања,⁴⁹² изузетно, оно може бити *и недоспело*⁴⁹³ (за разлику од цивилне ретенције у НГЗ и АГЗ, која не познаје тзв. нужну ретенцију као дозвољени изузетак)⁴⁹⁴; б) категорије ствари (неуновчиве ствари, као и непокретности нису подобан објекат ретенције); в) начина заснивања поседа ретинента и специфичних ограничења, односно забране ретинирања, ако је супротна датом налогу дужника или ако није у складу са преузетим обавезама повериоца о поступању са дужниковом ствари на одређени начин;⁴⁹⁵ г) својине на ретинираној ствари: по правилу је реч о ствари у својини дужника, али је изузетно могућа и ретенција своје ствари, под одређеним условима,⁴⁹⁶ и д) непостојања конекситета (односно постојање врло широко одређеног конекситета) код трговачке ретенције, наспрот цивилној.⁴⁹⁷

⁴⁸⁹ Више о томе видети код: М., Volmer, *op. cit.*, стр. 8, 9.

⁴⁹⁰ У страног доктрини се истиче да се у трговинском промету тек „освестила“ истинска моћ ретенције као идеалног средства развијања трговине и подршке промету кроз олакшано добијање кредита, тј. „душу модерног економског система“. F., Korn, *Das Kaufmännische Retentionsrecht, op. cit.*, стр. 2; L., Jossierand, *Les transports*, Paris, 1926., стр. 484.

⁴⁹¹ За разлику од њих, у другој групи су регулативе које су и грађанској ретенцији дале својство права намирења, тј. правог реалног средства обезбеђења потраживања, у тежњи за адекватнијом и сигурнијом заштитом интереса повериоца.

⁴⁹² Остала својства обезбеђеног потраживања су иста као и код цивилне ретенције: потраживање не мора бити иницијално новчано, али мора бити подобно да се изрази у новцу; мора бити довољно одређено, извесно, а не мора бити ликвидно. Видети више код: А., Vaumbach, K., Duden, *op. cit.*, стр. 497.

⁴⁹³ У аустријској регулативи нужна ретенција је регулисана као изузетак од општег правила о постојању доспелог потраживања као предмета обезбеђења ретенцијом. Видети: чл. 370 UGB („*Außerordentliches Zurückbehaltungsrecht*“).

⁴⁹⁴ Ретенција у нужди (*Notzzurückbehaltungsrecht*) дуго је била регулисана је у § 370 НГЗ, међутим након новијих законских измена овај члан НГЗ је брисан, тако да немачка трговачка регулатива више не познаје овај изузетак.

⁴⁹⁵ Видети: § 369 ст. 3 НГЗ

⁴⁹⁶ Ретенција постоји и када је својина на ствари пренета са дужника на повериоца или је пренета на повериоца посредством трећег лица, а за рачун дужника, али се *мора пренети поново на дужника*. Видети: § 369 НГЗ.

⁴⁹⁷ У немачкој доктрини се истиче да се отклањањем услова конекситета (који је иначе неопходан предуслов заснивања *грађанске* ретенције) код трговачке ретенције остварује значајна сврха и то: изградња и подршка растуће трговине и трговачког промета. „Трговачка ретенција обезбеђује кредит – душу модерног правног система и тако штити интересе учесника овог промета, а још важније - општи интерес, а то је појачана заштита поверења у трговачки правни промет. Видети више код: F., Korn, *op. cit.*, стр. 3-5.

4. Трговинско гледиште, по коме се свака ствар сагледава *као роба*, дакле и као новац, отворило је пут ретенцији као савременом начину уновчења задржане робе пословног партнера. Логична последица овакве премисе је усвајање концепта строго уновчивих ствари као подобних објеката трговачке ретенције. Отуд, чинидбе и ствари које се не могу уновчити и изложити продаји нису адекватан објекат трговачке ретенције, насупрот цивилној – која може бити заснована на готово свакој ствари (али и чинидби).⁴⁹⁸ Одређени део имовинске масе једног трговца, који се као роба налази у поседу другог, схваћен је као могућност за *оснажење* дотадашње опште грађанске ретенције новим, ефикаснијим овлашћењем – *ius distrahendi* (право намирења).⁴⁹⁹ Стога се можемо сложити са ставом⁵⁰⁰ да сврха трговачке ретенције, за разлику од грађанске, није (макар не примарно) вршење притиска на дужника, већ директно, примарно и функционално – намирење из вредности ствари.

5. Садржина и дејство трговачке ретенције је знатно снажније у односу на дејство грађанске ретенције у НГЗ и АГЗ. Насупрот цивилном праву задржавања, које у овим државама има само негативни (одбијајући) ефекат, трговачка ретенција је регулисана као право са позитивним атрибутима,⁵⁰¹ ојачано овлашћењем намирења, максимално приближено заложном праву⁵⁰², са правом првенственог намирења⁵⁰³ и значајним дејством према трећим лицима.⁵⁰⁴

6. Правна природа трговачке ретенције немачког и аустријског права схваћена је као „гранична“: између облигационоправног појачавања потраживања и ослабљеног

⁴⁹⁸ Упоредити: § 369 НГЗ и § 273 НГЗ.

⁴⁹⁹ У § 371 UGB прописано је право намирења ретинента из вредности задржане ствари дужника, уподобљено правилима о намирењу залогопримца (са извесним разликама).

⁵⁰⁰ Овај немачки аутор јасно подваја садржину грађанске и трговачке ретенције, те: прву експлицитно означава као средство притиска; а другу искључиво као средство намирења. Видети више код: М., Volmer, *op. cit.*, стр. 27-28.

⁵⁰¹ Од позитивних прерогатива трговачкој ретенцији се недвосмислено признаје и право на државину ретиниране ствари, будући да она (за разлику од цивилне) даје право на задовољење ретинента, што претходно подразумева право на посед ствари. Видети: Staudinger Gursky, *op. cit.*, стр. 171.

⁵⁰² О „неразрађености“ института грађанске ретенције и „праву залогe које је овде тек у зачетку“, као и о разликама између грађанске и трговачке ретенције видети више код: Капор, Antonijević, *Poslovi robnog prometa, Zavod za izdavanje udžbenika Narodne Republike Srbije, Beograd, 1960.*, стр. 55-56; S., Branković, *Pravo retencije*, стр. 522-524.

⁵⁰³ Видети: § 369 ст. 2 НГЗ. У случају конкуренције више титулара права реалног обезбеђења на истој ствари, редослед намирења се одређује према времену стицања права. Тако, ретинент има предност пред касније насталим заложним правима, али се законском заложном праву (чак и када је оно настало након ретенције) не може супротставити. Иначе, каснија ретенција има предност пред раније насталом (због обрнутог редоследа намирења у трговачком у односу на грађанско право). Можемо закључити да ретинент има предност пред: 1) свим обичним (необезбеђеним) повериоцима; 2) пред касније заснованим заложним правима; 3) пред раније насталим правима ретенције на ствари. Ретинент једино нема предност пред титуларима законског заложног права.

⁵⁰⁴ Ретенција има дејство према трећим лицима само ако се и њима могу истаћи приговори против захтева за предају ствари, као и против захтева дужника. Видети: § 369 ст. 2 НГЗ

стварног права реалног обезбеђења. Ово је уједно максимум „реалитета“ правне природе који немачка доктрина признаје ретенцији, одричући јој дејство једнако заложним правима. Ово је ипак, значајно другачија интерпретација у односу на цивилну ретенцију, схваћену од стране тамошње доктрине - као права строго облигационог карактера.

3.5. Закључно разматрање о односу грађанске и трговачке ретенције

На основу свега претходно наведеног можемо закључити да је базична сличност цивилне и трговачке ретенције у заједничком ефекту принуде на дужника да измири дуг, а техника реализације – самопомоћ. Тиме се у оба модалитета постиже највећа практична предност ретенције, а то је елиминисање двоструке судске процедуре. У свим осталим сегментима трговачка ретенција се може сликовито представити као „надградња“ дејства грађанскоправног задржавања дужникове ствари. Овај однос доктрина⁵⁰⁵ обично означава као релацију: „дефанзивног према офанзивном“ правном средству, у правним системима у којима грађанска ретенција нема садржано овлашћење намирења. Док грађанска ретенција у одговарајућим државама има за циљ искључиво пасивну одбрану повериоца, трговачка представља инструмент напада на неуредног дужника - директно усмерен на продају ретиниране ствари и реализацију овлашћења (првенственог) намирења, чиме условљава драстичне имовинске последице – престанак својине на ретинираној ствари.

Особености трговачке ретенције и јесу разлог бројних спорова у доктрини и континуираног доктринарног преиспитивања оправданости (разлога и последица) њеног одвојеног законског регулисања у односу на грађанскоправно «задржавање» ствари. Нама се чини важним поновно разматрање особености ове две сфере промета (нарочито у домаћим условима), са последицом прихватања донекле другачије регулативе ова два модалитета ретенције. Ипак, не бисмо у закључцима „ишли“ далеко као поједини немачки правни писци⁵⁰⁶ који закључују да су ова два типа ретенције сасвим *различити институти*, са непомирљиво другачијом физиономијом, дејством, правном природом и сврхом. Такође се не можемо сасвим сложити са оценом да грађански промет „нема никакву реалну потребу за оваквим појачавањем дејства

⁵⁰⁵ R., Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, str. 1280.

⁵⁰⁶ M., Volmer, *op. cit.*, стр. 28.

института цивилне ретенције, те да су постојећа средства обезбеђења кредита сасвим довољна⁵⁰⁷.

4. Редовна и нужна ретенција

4.1. Концепт нужне ретенције

Редовна и нужна⁵⁰⁸ (тј. ретенција у нужди, у невољи, изванредна ретенција)⁵⁰⁹ су врсте ретенције изведене према критеријуму доспелости неизмиреног потраживања, као услова за настанак права задржавања. Опште правило за ретенцију у свим позитивним регулативама подразумева доспелост потраживања које се обезбеђује ретенцијом, као један од законских предуслова њеног настанка. Ипак, непосредно након правила, законодавци регулишу и изузетак⁵¹⁰, тј. ситуацију када је поверилац изузетно овлашћен да ретинира туђу ствар упркос недоспелости свог потраживања.

Ситуација у којој законодавци ретенцију сматрају оправданом, упркос одсуству овог услова, су посебне околности на страни дужника, а које се тичу његове инсолвентности, тј. „неспособности за плаћање“. С обзиром да законом ово питање није ближе одређено, претходно наведена формулација представља предмет спорења у теорији и пракси.⁵¹¹ У литератури се често тумачи као: дужникова очигледна и трајна⁵¹² неспособност да дуг о доспелости измири.⁵¹³ Поједини домаћи аутори⁵¹⁴ предлажу попуњавање ове правне празнине применом аналогije са решењем Закона о меници,⁵¹⁵

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ У немачком праву ретенција у нужди се назива *Notzurückbehaltungsrecht*.

⁵⁰⁹ Један део доктрине ретенцију у нужди назива „квалификованом“ ретенцијом, међутим, ми смо се определили за тај назив у оквиру друге поделе – према критеријуму садржине ретенције, те смо квалификованом ретенцијом означили право задржавања снабдевено и овлашћењем намирења. *Cf.* В. Благојевић, В., Круљ, Коментар закона о облигационим односима, I књига, Београд, 1983, стр. 1000; С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 66; Ј., Гуцуња, Услови за вршење права ретенције према Закону о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 24; С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 526; М., Žuvela, *Založno pravo i pravo retencije (zadržanja)*, Informator, br. 3367, 1986, стр. 10.

⁵¹⁰ Видети: чл. 897 ШГЗ; чл. 370 АГЗ; чл. 286 став 2 домаћег ЗОО; чл. 72 став 2 ЗООХ

⁵¹¹ Видети: Ј., Гуцуња, *нав. дело*, стр. 24.

⁵¹² Д., Медић, *нав. дело*, стр. 531.

⁵¹³ Формулација домаћег решења садржана у чл. 286 став 2 ЗОО је следећа: „У случају да је дужник постао неспособан за плаћање, поверилац може вршити право задржавања иако његово потраживање није доспело.“

⁵¹⁴ С., Стрезовски, у Б., Благојевић, В., Круљ, Коментар закона..., (коментар уз члан 286 ЗОО); О., Jelčić, *op. cit.*, стр. 88; С., Петрић, *нав. дело*, стр. 30, 31; Р., Лоренц, у: Енциклопедија имовинског права..., стр. 1274.

⁵¹⁵ У домаћем праву су случајеви инсолвентности дужника прецизирани у чл. 87 ст. 2 Закона о меници Републике Србије.

којим се прецизира уобичајена формулација инсолвентности дужника као: „немогућност трајнијег испуњавања својих доспелих новчаних обавеза“.

Неспособност, тј. инсолвентност плаћања је фактичко стање, које се у појединим системима квалификује алтернативно као⁵¹⁶: падање дужника под стечај,⁵¹⁷ затим, као безуспешно извршење над дужниковом имовином и као обустава плаћања. Међутим, поједини аутори⁵¹⁸ истичу да стечај не представља пример ситуације када је применљива нужна ретенција, с обзиром на опште правило Закона о стечају⁵¹⁹ да даном отварања стечаја у сваком случају доспевају сва потраживања против стечајног дужника, те да је тада заправо овде реч о редовној ретенцији (тј. о доспелом потраживању). Ипак, с обзиром да је потраживање у случају стечаја доспело - по закону, као и на чињеницу да се сам законодавац о оваквој ретенцији изјашњава као о изузетној (ванредној), тј. о оној „која се врши и пре доспелости потраживања“⁵²⁰, сматрамо неспорним да случај стечаја треба уврстити у овај модалитет ретенције.

У друга два наведена случаја нужне ретенције реч је о постојању извесних показатеља инсолвентности дужника, као што су: а) безуспешно извршење над његовом имовином, које чини се, не оставља сумњу у неспособност плаћања и б) обустава плаћања, под којом се подразумева трајнија платежна неспособност дужника.

У сваком случају, сматрамо да је *ratio legis* наведеног одступања оцена већине законодаваца да је сразмерна заштита повређених интереса и еквиваленција узајамних давања, које ретенција иначе обезбеђује, у случају инсолвентности дужника поремећена. Стога је тежиште заштите померено у смеру појачања заштите легитимних интереса повериоца, јер изузетне околности захтевају и изузетне мере заштите потраживања, упркос додатном погађању интереса дужника.⁵²¹ Оно што, по нашем мишљењу, додатно утемељује *ratio* нужне ретенције је одредба сличне садржине о могућности ускраћивања дуговане престације у случају инсолвентности дужника код

⁵¹⁶ Три алтернативно наведене ситуације су уједно садржане и у чл. 87 ст. 2 домаћег Закона о меници: „Ималац менице може се послужити правом придржаја и пре него што му је тражбина доспела, ако је дужник *пао под стечај* односно кад се отвори поступак ликвидације или ако је *извршење новчаног дуга из његове имовине остало безуспешно*, или ако је *дужник трговац који је обуставио своја плаћања*...“

⁵¹⁷ В., Благојевић, В., Krulj, *nav. delo*, стр. 1000.

⁵¹⁸ У швајцарској доктрини овакав став заступа: К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 414. У домаћој доктрини: Ј., Гуцуња, *нав. дело*, стр. 25.

⁵¹⁹ Чл. 81 ст. 1 Закона о стечају Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС и 83/2014.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ Ретенција која уобичајено настаје у циљу обезбеђења доспелих потраживања, сада директно погађа имовинску сферу дужника, који би у другачијој ситуацији (непостојања посуда повериоца на његовој ствари) био дужник недоспелог потраживања. Ипак, овакво решење није неправично, нити супротно начелу савесности и поштења, јер превенира опасност од коначне немогућности намирења повериоцевог потраживања.

приговора неиспуњеног уговора. Швајцарско и немачко право⁵²² предвиђају овакав изузетак код „задржавања чинидбе“ (у случају знатног погоршања имовинског стања дужника) па је чини се, оправдано спровести ову идеју и код задржавања ствари.

Ова подела је карактеристична за готово све регулативе, а такође је широко прихваћена и у доктрини. Изузетак је немачко право које предвиђа различита правила у два сферама правног промета: НГЗ⁵²³ регулише нужну ретенцију трговачког права, за разлику од НГЗ, који не познаје овакав модалитет. Чини нам се да је разлог томе протекционистички став немачког законодавца према интересима дужника у грађанскоправном промету, у коме потенцијално не постоји подједнако снажна и ургентна потреба за заштитом недоспелих потраживања, за разлику од трговачког промета.⁵²⁴

4.2. Да ли је савесност повериоца додатни услов за настанак нужне ретенције?

Интересантно питање је постављено у доктрини⁵²⁵ и то: да ли је за нужну ретенцију неопходан и додатни услов – савесност, тј. незнање повериоца за дужникову инсолвентност у тренутку заснивања поседа на његовој ствари или у тренутку настанка његовог потраживања (у зависности од тога који услов је касније наступио и тиме омогућио настанак ретенције). Према том ставу, ако је поверилац знао за ову околност, онда не може накнадно да се успротиви повраћају дужникове ствари позивајући се на нужну ретенцију, јер се сматра да је претходно прећутно пристао и на такву последицу као могућу, те својевољно преузео ризик. Дакле, он се не може сматрати савесном страном у облигационом односу чији би *bona fides praestare* требало законом штитити.⁵²⁶ И обрнуто, чини се да је, савесност повериоца етички коректив, који компензује и легитимизује одсуство услова доспелости потраживања. Ипак, овакав став је могуће и оповргавати контрааргументима. Стога ћемо најпре изнети могућу

⁵²² Cf. Чл. 83 ШЗО; § 321 НГЗ

⁵²³ § 370 НГЗ

⁵²⁴ Основна карактеристика трговачког промета је брзина, лакоћа одвијања и модалитет ретенције појачан са *ius distrahendi*, док то не одликује ретенцију немачког грађанског права. Недоспело потраживање се у датој регулативи очигледно није „квалификовало“ за заштиту путем ретенције, те му није признат статус законом дозвољеног изузетка. Овакво решење ипак оцењујемо као несврхисходно, јер не уважава легитимне интересе повериоца у изузетним и неочекиваним околностима, у којима би редовна ретенција (тек о доспелости потраживања) *a priori* била обесмишљена.

⁵²⁵ Видети: В., Vizner, Komentar zakona o obligacionim odnosima, *op. cit.*, str. 1140; М., Žuvela, Založno pravo i pravo zadržanja, *nav. delo*, str. 10.

⁵²⁶ Он је у тренутку настанка потраживања знао, тј. морао знати за околност да је дужник инсолвентан, те према овом ставу, нема потребе додатно штитити његове економске интересе.

аргументацију у прилог оваквом ставу, а потом и разлоге који, по нашем мишљењу, оповргавају предложеној интерпретацију.

Претходно наведени став доктрине донекле поткрепљује језичко тумачење чл. 286 ст. 2 ЗОО: „Ако је дужник постао неспособан за плаћање, поверилац може вршити право задржавања иако његово потраживање није доспело“. Наиме, могуће је да је оваквом законском формулацијом довољно наглашен тренутак настанка дужникове инсолвентности, као *накнадни* у односу на моменат настанка потраживања.⁵²⁷ Осим тога, циљним тумачењем може се потврдити *ratio legis* нужне ретенције, а то је заштита повериоцевих интереса у неочекиваној, изненадној ситуацији, која одступа од редовних околности. Коначно, трећи потенцијални аргумент је да је нужна ретенција изузетак, а изузеци се уско тумаче, те тако и треба тумачити норму, а то је: омогућити ретенцију што рестриктивније када се њоме обезбеђује недоспело потраживање.⁵²⁸

Ипак, с обзиром да сваки законодавац општом нормом предвиђа обавезу поштовања начела савесности и поштења у правном промету, сматрамо да је инсистирање на савесности у оквиру модалитета нужне ретенције сувишно, будући да судија у сваком конкретном случају може да оцени да ли је понашање конкретног повериоца-ретинента акт злоупотребе права или не. Осим тога, овакав услов није непосредно законом предвиђен, те да га сходно томе не треба „уметати“ у чињенични скуп и отежавати заснивање ретенције, која би „у нужди“ требало да заштити повериоца. Тако, део доктрине⁵²⁹ оцењује да ствар може бити предмет права задржавања и када је ретинент у тренутку настанка потраживања знао или према околностима могао да зна за неспособност плаћања на страни власника задржане ствари. Ми бисмо додали – и ако је знао, он је можда веровао да ће се околности променити, што је прихватљивије виђење ствари него да његово знање за инсолвентност дужника ствара претпоставку прећутног пристајања на невршење нужне ретенције. Уосталом и упоредноправно посматрано, овакво решење није правно

⁵²⁷ В., Vizner, *nav. delo*, стр. 1140; Б., Визнер, Примједбе на чланак Мр Јована Гуцуње о „Условима за вршење права задржавања према закону о облигационим односима“, бр. 1/1980, стр. 28-29.

⁵²⁸ Чак би се можда могло отићи и корак даље, те оценити да поверилац, који зна за инсолвентност једног лица у тренутку настанка потраживања, добровољно прихвата последице оваквог имовинског стања дужника; а онда се нагло понаша супротно *bona fidei*, одлучујући да ретинира ствар дужника и пре доспелости потраживања. Такво понашање би се можда чак могло, у крајњој консеквенци, оквалификовати и као *venire contra factum proprium*. О разлици између правно дозвољеног *ius variandi* и недозвољеног *venire contra factum proprium* у домаћој доктрини видети више код: Д. Стојановић, О., Антић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 239.

⁵²⁹ У швајцарском праву овај став заступа Р., Tuor, *et. alia, op. cit.*, стр. 1166. У домаћем праву и у доктрини суседних земаља овај став заступају: О., Jelčić, *op. cit.*, стр. 89; D. Hiber, М., Živković, *nav. delo*, стр. 163; Ј., Гуцуња, *Услови за вршење права задржавања...*, *нав. дело*, стр. 25.

утемељено, јер ни у једном законском тексту се не условљава нужна ретенција претходном савесношћу повериоца, да бисмо то евентуално сматрали пропустом домаћег законодавца.

Ипак, у швајцарском праву се повезују неке друге правне последице са накнадним сазнањем повериоца за неспособност дужника за плаћање. Наиме, савестан поверилац (онај који је тек накнадно сазнао за инсолвентност дужника) сме да ретинира дужникову ствар - упркос претходно добијеном налогу од дужника, односно супротно претходно преузетој обавези.⁵³⁰ Применом *argumentum a contrario*, несавесни поверилац - не сме да поступа супротно налогу дужника или преузетој обавези у односу на примљену ствар, али *сме такву ствар да ретинира*.

Стога се можемо сложити са ставом дела хрватске доктрине⁵³¹ у оцени да би било корисно *de lege ferenda* регулисати посебне правне последице нужне ретенције у случају „оправданог незнања повериоца“. Овај део формулације ШГЗ изостаје у решењу домаћег права, али и свих права у нашем окружењу⁵³², те се њиме у перспективи можда вреди позабавити у смислу: омогућавања својеврсне „награде“ за савесног повериоца-ретинента, омогућавањем ширег домашаја ретенције савесног, у односу на несавесног повериоца. Према том решењу би *савестан*⁵³³ поверилац (онај који је тек накнадно сазнао за инсолвентност дужника) смео да ретинира дужникову ствар - упркос претходно добијеном налогу од дужника, односно супротно претходно преузетој обавези.

5. Обична и квалификована ретенција

Ове две врсте ретенције изведене су према критеријуму садржине овлашћења која су законом призната ретиненту. То, по нашем мишљењу и јесте суштинска линија поделе ретенције у упоредном праву, а која је у теорији неоправдано запостављена. Линија разграничења је: признавање ретенцији искључиво својства средства притиска

⁵³⁰ Видети: чл. 897 ШГЗ

⁵³¹ Реч је о ситуацији накнадног сазнања повериоца за инсолвентност дужника, у контексту омогућавања ретенције упркос супротном налогу дужника или претходно преузетој обавези повериоца. S., Petrić, *nav. delo*, str. 188-189.

⁵³² Чл. 897 ШГЗ

⁵³³ Ипак, важно је напоменути да савесност држаоца – ретинента без сумње представља предуслов једног особеног модалитета ретенције, који смо у односу на досад анализирани општи модел (регулисан у ЗОО) назвали посебним, а то је ретенција савесног држаоца ствари, а поводом трошкова или штете коју је претрпео поводом те ствари.

(*ius retentionis simplex*) или својства знатно снажнијег домашаја – средства намирења, када је квалификована (*ius retentionis qualificatum*).

1. Традиционално, још од римског права, ретенција се сматра превасходно *средством притиска* дужника да измири своју обавезу и та њена функција се често у доктрини означава као примарна и основна.⁵³⁴ Пресијом се фактички утиче на дужника на различитим нивоима: економском, правном, психо-социјалном, чак и на емотивном нивоу, да што пре измири дуговано, док ефективност овог притиска зависи од важности задржане ствари за дужника и последица њеног економског неискоришћавања по дужника током трајања права задржавања.

Поједини аутори⁵³⁵ ову изворну функцију ретенције, којом се врши пресија на дужника да дуг измири, даље рашчлањавају на две компоненте, а то су: 1) функција *обезбеђења*; и 2) функција *притиска*. Улога средства притиска, коју доктрина по правилу *a priori* фаворизује, заправо се реализује *самообезбеђењем*, које део доктрине⁵³⁶ означава као: „суштинску сврху права задржавања“. Према овом ставу, права сврха ретенције је пружање обезбеђења ретиненту, са циљем заштите његове имовинске позиције, без икакве даље гаранције.⁵³⁷ А могућност добровољног испуњења главног дуга је стога, последица примарне сврхе обезбеђења.⁵³⁸

2. Као *секундарну функцију* ретенције доктрина⁵³⁹ наводи овлашћење намирења, тек као последицу неефикасности претходне „мере“, тј. простог одбијања повраћаја ствари. Отуд се закључује да је намирење резервна функција ретенције, супсидијарна, допунска, условна и евентуална. Међутим, чињеница да је ретенцији највећег броја савремених регулатива, а које чине наш истраживачки узорак, признато и овлашћење намирења из вредности задржане ствари. Ова чињеница, чини се, отвара једну сасвим нову димензију у проучавању овог правног феномена.

Насупрот ауторима који генезу ретенције оцењују као „правац деформисања физиономије“⁵⁴⁰ овог института, наш утисак је да је ретенција модерног права на овај

⁵³⁴ Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 20.

⁵³⁵ А., Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerliches Gesetzbuch, *op. cit.*, стр. 9, 10.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ F., Korn, *op. cit.*, стр. 7.

⁵³⁸ Изнети став нам се чини као прелазна варијанта ка савременом схватању ретенције као (превасходно) средства самозаштите, а тек посредно и приватне санкције. То је заправо адекватан увод у схватање ретенције као права обезбеђења и то реалног, а не личног.

⁵³⁹ С., Пауновић, Право задржавања (ретенције), *нав. дело*, стр. 64; Д., Медић, Право задржавања (ретенције), *нав. дело*, стр. 532.

⁵⁴⁰ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 41.

начин еволуирала.⁵⁴¹ Међутим, чини се да упркос дејству које је у већини регулатива данас признато овом праву, већи део доктрине⁵⁴² и даље ретенцију радије означава као средство притиска, него као средство намирења. Разлог томе је, чини се, неуклапање ретенције у систем грађанског права, јер се намеће контрадикторан закључак да је она, сходно специфичној садржини, једно: *sui generis* *заложно право, које то уствари није*. Тиме се неминовно отвара најкомплексније питање у вези са ретенцијом, а то је питање њене правне природе, које доктрина обично „решава“ редуковањем ретенције на својеврстан „додатак (апендикс) потраживања“.⁵⁴³ Ретенција свакако представља споредно (акцесорно) право, али не само облигационо појачавање потраживање, већ и реално право обезбеђења.

Отуд је свеприсутна подела ретенције на обичну (средство пресије) и квалификовану, тј. развијену ретенцију (средство намирења), у складу са начелним опредељењем конкретне законодавца.⁵⁴⁴ Тако у прву групу регулатива, које познају само обичну ретенцију, можемо убројати: француску, италијанску, немачку грађанску и аустријску грађанску регулативу. У другу групу регулатива, које познају квалификовану ретенцију, можемо сврстати швајцарску регулативу, затим, све којима је она била узор (а то су: српска, хрватска, регулатива БиХ, црногорска, македонска и словеначка), али и немачку трговачку и аустријску трговачку регулативу.⁵⁴⁵

Можемо закључити да је у неким државама квалификована ретенција карактеристична за трговачко право, а обична за грађанскоправне односе, са понеким изузетком, а у другима није тако.

⁵⁴¹ Правац развоја је текао од обичног средства притиска, оличеног „претњом“ изазивања имовинскоправног оштећења, до ефикасног средства реалног обезбеђења потраживања. Доминантни модел ретенције је данас управо њен квалификовани модалитет, наспрам раније доминантне „обичне“ ретенције грађанског права.

⁵⁴² М., Volmer, *op. cit.*, стр. 7.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Регулативе англосаксонског правног подручја су ван ове поделе, будући да у њима не фигурира осамостаљени институт ретенције, са јасно дефинисаним дејством средства притиска или средства намирења. Како смо већ у раду истакли, ове регулативе познају читав систем коегзистирајућих *lien-a* чије дејство варира у зависности од више фактора: *Possessory lien* (као право обезбеђења потраживања које је најсличније ретенцији европскоконтиненталног права) представља вид „обичне ретенције“, али уз много одступања. Више о дејству *possessory lien-a*: Hall, *op. cit.*

⁵⁴⁵ Ако посматрамо само модалитете *possessory lien-a* (као ретенцији сродног), начелно правило је да овакво државинско средство обезбеђења најчешће овлашћује повериоца само на задржавање дужникове покретне ствари. У том смислу, ову групу *lien-a* бисмо могли начелно да сврстамо у прву групу регулатива. Више о томе код: Sykes, *op. cit.*, стр. 553 и даље.

6. Ретенција у ширем и у ужем смислу

Критеријум за ову поделу је објекат ретенције, који може бити схваћен уже, као ствар или шире - и као чинидба. Треба нагласити да ова подела ретенције није општеприхваћена, јер најчешће дефиниција ретенције, како нормативна, тако и доктринарна, њу одређује као овлашћење да се *ускрати предаја телесне ствари* у циљу осигурања свог потраживања. При таквој формулацији, правним писцима се, по правилу, чини сувишним навођење чинидбе као потенцијалног објекта права задржавања.

Ипак, овако формулисано право ретенције део доктрине⁵⁴⁶ назива ретенцијом у ужем смислу. Са друге стране, ретенцијом у ширем смислу, доктрина⁵⁴⁷ назива овлашћење задржавања сопствене чинидбе до момента испуњења противчинидбе од стране противника (дужника). Овакво шире одређење ретенције типично је за немачку доктрину, а непосредно се ослања на законску дефиницију ретенције.⁵⁴⁸ Оваквим концептом је обухваћен приговор неиспуњеног уговора (*exceptio non adimpleti contractus*), који се у немачком грађанском праву⁵⁴⁹ квалификује као један од случајева ретенције⁵⁵⁰. За разлику од немачког права, у домаћем (као и у бившим југословенским републикама), овај приговор је регулисан као особени институт, са специфичним обележјима и правном природом. На основу ове чињенице, део доктрине друго по реду наведено одређење предмета ретенције оцењује као прешироко,⁵⁵¹ па стога и неадекватно за домаће право. Узимајући у обзир формулацију домаћег ЗОО, ова тврдња је на месту. Шире посматрано ретенција чинидбе није непотребна и сасвим је у реду да поред ретенције ствари, постоји и врста ретенције чији је објекат чинидба; али је

⁵⁴⁶ Gschnitzer, Sachenrecht, Wien, 1968., стр. 204; В., Dusi, Istituzioni di diritto civile, II vol., Torino, 1940, стр. 143; Ehrenzwein, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Allgemeiner Teil, Wien, 1925, стр. 361.

⁵⁴⁷ Ennecerus, Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen, 1950, стр. 103.

⁵⁴⁸ § 273 став 1 НГЗ (у ставу 2. регулисана је ретенција ствари)

⁵⁴⁹ Интересантно је овде нагласити да то не важи и за немачко трговачко право – у њему предмет трговачке ретенције може бити само ствар.

⁵⁵⁰ А., Frey, Das bürgerliche und kaufmännische Zurückbehaltungsrecht: Darstellung und Vergleich, Borna-Leipzig, 1913.

⁵⁵¹ З., Stipković, *Pravo retencije i neki slični instituti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br.3/1972, стр. 286. Ипак, постоје и супротна схватања по којима је приговор неиспуњеног уговора и у домаћем праву подврста ретенције. Cf. Vuković, М., Obvezno pravo II, Zagreb, 1964, стр. 413.

непотребно ретенцију ствари посматрати као ретенцију чинидбе и говорити о ретенцији у ширем смислу.⁵⁵²

Наиме, не треба занемарити очигледну разлику у задржавању у ове две ситуације и то: код ретенције ствари, објекат задржавања је опредмећен, материјализован, у фактичкој власти ретинента; док код ретенције чинидбе, нема ствари као непосредног објекта, већ радње чињења која се ускраћује и задржава. Иако се на први поглед може чинити да је разлика и у томе што се код ретенције ствари задржава «нешто туђе» (дужникова ствар), а код ретенције чинидбе «нешто своје» (сопствена чинидба), у оба случаја се заправо ретинира - туђа имовина.

Када објекат ретенције није ствар, већ било која друга дугована чинидба - из било које тражбине – реч је о ретенцији чинидбе; коју бисмо такође могли назвати другом врстом ретенције у ужем смислу (поред ретиниране ствари). Тако, у немачком праву је могућа нпр. и ретенција чинидбе по основу закљученог уговора о делу, због неизвршене уговорне обавезе противника ретенције, настале по неком другом основу. На тај начин неизвршењем своје уговорне обавезе ретинент сопствене чинидбе врши притисак на другу страну (противника ретенције) да испуни своју контра-обавезу.

Немачка ретенција у ширем смислу има већи домашај примене од приговора неиспуњеног уговора у српском праву, те „покрива“ и неке случајеве који у домаћем праву не спадају ни под овај приговор, нити се могу означити као ретенција, јер се не односе на задржавање ствари, већ чинидбе. Тиме се отвара питање да ли је ретенција чинидбе потенцијално користан институт и за домаће право *de lege ferenda*, у функцији допуне постојеће ретенције ствари.⁵⁵³ Чини нам се да је на ово питање могуће адекватно одговорити тек након опсежне анализе правне природе ретенције и утврђивања њених сличности и разлика са приговором неиспуњеног уговора, као сличним институтом, о чему ће бити речи у даљем тексту. Чињеница је да ретенција

⁵⁵² Поједини аутори као сличност чак истичу и *posesed* ствари, односно „*posesed* задржане чинидбе“ као услов који је у оба случаја задовољен, те додатно уближава ретенцију ове две врсте „објеката“ – са чиме се не можемо сложити. Видети: С., Петрић, *нав. дело*, стр. 90.

⁵⁵³ Могуће је поставити и системски значајније питање: да ли је евентуално за будуће српско право адекватан немачки концепт права ретенције у ширем смислу, који два (у српском позитивном праву различита) института (ретенцију и приговор неиспуњеног уговора) доводи у блиску везу, регулишући их као две стране заједничке идеје, а то је *задржавање*, као њихов заједнички виши родни појам? Овакве идеје су већ изражене у делу хрватске доктрине уз став да једна страна свакако задржава своју чинидбу и то: повраћај туђе ствари или испуњење неке друге дуговане чинидбе као меру притиска на другу страну да испуни дуговано. N., Gavella, *op. cit.*, стр. 898, 899.

ствари, иако најчешћи вид ретенције у упоредном праву, није и једини; и да је могуће задржавати и „чини�бу уопште“, као средство притиска на неуредног дужника.⁵⁵⁴

7. Судска и вансудска ретенција

У доктрини се ове две врсте називају и *ius retentionis iudicale i extraiudicale*⁵⁵⁵. Право ретенције је право које се превасходно реализује процесним *приговором* као средством одбране повериоца,⁵⁵⁶ најчешће у спору по реивиндикационој тужби. Његов смисао се не исцрпљује у простом задржавању дужникове ствари; већ се његов ефекат огледа у одбијању дужниковог захтева (стварноправне или облигационоправне природе) за повраћај ствари која је у повериочевом поседу.⁵⁵⁷ Последица истицања приговора ретенције (у ситуацији постојања ретинентовог доспелог потраживања према противнику ретенције) је судско одбијање тужбеног захтева, до испуњења дуговане противчини�бе. Чини се да је у одређеним регулативама само оваква (судска) ретенција могућа.⁵⁵⁸

Ипак, у већини правних система то је ретенција законом призната као право (или овлашћење), које се може реализовати и вансудски – фактичком радњом нечињења, тј. одбијањем ретинента да изда ствар на захтев дужника или трећег лица. У доктрини се истиче да је вансудска ретенција особена, фактичка, реална заштита повериоца која има значај „мере реципроцитета“;⁵⁵⁹ приговор који фактички „спречава дејство конфликтног позитивног права“⁵⁶⁰ или право признато повериоцу да „пресуди сам себи“⁵⁶¹. Поједини аутори тако истичу да вансудска ретенција „једноставно фактички настане, дакле не као право, већ као фактичко стање“⁵⁶², те након „случајног настанка“ штити повериоца доспелог потраживања према неуредном дужнику. Чини нам се да је

⁵⁵⁴ Већина регулатива притом експлицитно нормира само ретенцију ствари, док мањи број регулатива регулише на исти начин и ретенцију чини�бе. У ову другу групу спада превасходно немачка грађанска регулатива. Видети: § 273 НГЗ.

⁵⁵⁵ Ову поделу прихватају следећи аутори: С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 520; Д., Медић, *Право ретенције, нав. дело*, стр. 530.

⁵⁵⁶ Н., Klang, F., Gschneider, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, I Band, II Halbband*, Wien, 1962, стр. 366; К., Oftinger, *Das Fahrnispfand, Commentaire zurichois, 3rd. Edition, Zürich, 1981*, стр. 354.

⁵⁵⁷ О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 266.

⁵⁵⁸ Таква је ситуација у италијанској регулативи.

⁵⁵⁹ А., Breuer, *op. cit.*, стр. 4.

⁵⁶⁰ Овај став заступа Schollmeyer. *Cit. to: A. Breuer, Ibid.*

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² А., Гамс, *нав. дело*, стр. 193.

стога баш у овом облику највидљивија функција ретенције као врсте *легитимне самозащите*, тј. приватноправне заштите једне угрожене правне позиције.

8. Материјална и формална ретенција

Ретенција у материјалном смислу подразумева право (или овлашћење)⁵⁶³ предвиђено материјалним прописима које има свог носиоца, а које се по правилу штити приговором ретенције као дилаторном ексцепцијом,⁵⁶⁴ а евентуално и другим процесним средством, попут противтужбе.⁵⁶⁵ Насупрот материјалном одређењу, ретенција у формалном смислу подразумева средство кроз које се овај институт испољава у пракси. У том својству, ретенцију проучавамо као приговор (процесни или материјални), дакле као правно средство за заштиту повређеног права ретинента. Дакле, у формалном смислу, ретенција представља средство одбране против дужниковог облигационог, стварноправног или наследноправног захтева за повраћај ствари која је у повериочевом поседу.

Схватање да је ретенција превасходно формалног карактера нарочито потенцирају аутори који сматрају да она „потиче из приговора“, као легитимног одбијања повраћаја ствари, којим ретинент одбија да себе лиши права“.⁵⁶⁶ У одређењима овог типа фокус је на процесном приговору, као централном „средству заштите од опасности да док тужени сам пружа чинидбу, након тога не добије чинидбу која му припада“⁵⁶⁷. Међутим, нама се чини да је приговор само средство реализације материјалног права ретенције, а сама форма у којој ће он бити истакнут није пресудна; на то указује чињеница да је приговор ретенције могуће истаћи и вансудски, при чему изјава воље може бити учињена чак и прећутно, тј. конклюдентном радњом.⁵⁶⁸

Заправо, сматрамо да овде није реч о два различита „типа“ ретенције, већ о два различита угла посматрања једног истог правног феномена. Наиме, да би фактичко супротстављање дужниковом захтеву за повраћај ствари била правно ваљано, оно

⁵⁶³ Ово питање се непосредно тиче одређивања правне природе ретенције, што ће бити предмет посебног дела рада.

⁵⁶⁴ О., Jelčić, *Obveznopravno osiguranje – jamstvo i pravo zadržanja*, u V. Belaj i dr., *Zaštita vjeronika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina* (Opća reakcija T. Josipović), Zagreb, 2005, стр. 92.

⁵⁶⁵ Циљ противтужбе је утврђивање постојања услова за конституисање ретенције и остварење извршног наслова ради намирења, чији је исход доношење деклараторне пресуде. Д., Медић, *нав. дело*, стр. 530.

⁵⁶⁶ М., Planiol, *Traite elementaire de droit civil*, Tome Deuxieme, Paris, 1917, стр. 777.

⁵⁶⁷ F., Korn, *op. cit.*, стр. 6, 7.

⁵⁶⁸ О., Palandt, P., *Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2002, стр. 341, 342.

претходно мора бити признато материјалним прописом (*ex lege*); и обрнуто: „квази привилегија“⁵⁶⁹ призната прописом реализује се тек једностраном изјавом воље ретинента да ће своју правну позицију заштити реализацијом гарантоване правне могућности. Дакле, материјална и формална страна ретенције се међусобно допуњују и чине два саставна дела јединствене правне конструкције.

9. Стварноправна и облигациона ретенција

Ова подела изведена је према следећем критеријуму: какав је објекат ретенције и према томе, какво је дејство и правна природа овог права.⁵⁷⁰ Будући да су објекти стварних права – ствари, а облигационих – чинидбе, људске радње, објекат ових двеју врста ретенције одређује и могуће правно дејство: стварноправно (апсолутно) или облигационо (релативно). Ову поделу оправдава чињеница да у упоредном праву постоји и особени модалитет ретенције, који за објекат нема ствар, већ чинидбу – било које врсте. Тако, швајцарско и немачко право познају облигациону ретенцију, чији је предмет особен, а то је задржавање чинидбе, које је логично - облигационог дејства. Притом, ове две наведене врсте ретенције могу и да коегзистирају у једној националној регулативи: у форми *правила и изузетка*. С обзиром да у свим анализираним регулативама стварноправна ретенција представља правило, као и да ћемо даље у раду претежно анализирати њена обележја, на овом месту ћемо се осврнути само на ову особену ретенцију чинидбе - облигационоправног карактера.

А. Облигационоправна ретенција чинидбе de lege lata. У швајцарској доктрини⁵⁷¹ се овај тип ретенције доводи у везу са две могуће групе случајева настанка права задржавања, а с обзиром на врсту конекситета у питању, тј. везу између потраживања и задржане ствари.⁵⁷² Код тзв. несвршених синалгаматичких уговора, у току извршења (накнадно) настају захтеви који нису предмет главних уговорних престација странака.

⁵⁶⁹ Називом „квази привилегија“ не прејудирамо правну природу овог института. Односом ретенције и законских привилегија подробно ћемо се бавити у делу рада који се односи на сличности и разлике између ретенције и сродних института грађанског права.

⁵⁷⁰ Општепознато је да је правна природа ретенције у готово свим правним системима врло спорна. Само швајцарски законодавац експлицитно нормира ретенцију и то као стварно право (и то као подврсту заложног права), не остављајући сумњу у правну природу овог института. Видети: чл. 895-898 ШГЗ, који садрже одредбе о општем праву ретенције швајцарског права. Оне су садржане у 23. Глави, у оквиру регулативе заложног права на покретним стварима, тј. у чл. 884-918 ШГЗ (дакле, у делу о стварним правима). У свим осталим регулативама законска норма (облигационог, стварног права или у оквиру посебног прописа) оставља простора и даје повода различитим доктринарним и судским тумачењима.

⁵⁷¹ К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 400.

⁵⁷² Видети: чл. 475 став 2 ШЗО; чл. 307 став 2 ШЗО; и чл. 400 ШЗО и 401 ШЗО

Управо они су објекат посебног права ретенције облигационоправне природе (са битно различитим својствима у односу на опште стварно право ретенције из чл. 895 ШГЗ). У ову групу случајева доктрина најчешће сврстава накнадно настале трошкове код уговора о депозиту, послужи и о налогу. Заправо, овде је реч о својеврсној ретенцији „чинидбе исплате накнаде“⁵⁷³, а не о задржавању индивидуално одређене ствари.⁵⁷⁴ Дакле, ово је један специфичан институт, који је на граници између права ретенције и сродног института, приговора неиспуњеног уговора.

Ипак, постоје разлике у односу на поменути приговор, а пре свих чињеница да је предмет ретенције сопствена *споредна уговорна обавеза* (а не главна, као код *exceptio non adimpleti contractus*). Стога је доктрина сагласна у оцени да је овде реч о особеном модалитету ретенције у швајцарском праву, чија је улога попуњавање правне празнине у случају: накнадно насталих, споредних уговорних обавеза, за које се не може истаћи приговор неиспуњеног уговора, већ само ова особена ретенција чинидбе. Функција овог типа ретенције је истоветна немачком облигационом праву задржавања *чинидбе (Zurückbehaltungsrecht)*, насупрот швајцарској општој стварноправној ретенцији *ствари*, која се чак и технички другачије назива (*Retentionsrecht*).⁵⁷⁵

Б. Облигационоправна ретенција чинидбе de lege ferenda. Највећи искорак у односу на постојећу регулативу ретенције у ЗОО било би усвајање специјалне одредбе о дозвољеној *ретенцији чинидбе*, по узору на швајцарско или немачко решење.⁵⁷⁶ Чинидба, као објекат ретенције, фигурира на два различита начина у немачкој и у швајцарској регулативи и то: у првој као правило, а у другој као изузетак. Немачка регулатива ретенције је по много чему специфична, а нарочито атипичним нам се чини приступ овог законотворца, који идеју задржавања уопште - апстрахује као општи принцип, а потом је рашчлањује на две основне врсте с обзиром на ретинирани објекат и то на: 1) ретенцију чинидбе и 2) ретенцију ствари. Тако би, уз ретенцију дужникове ствари, паралелно могла постојати ретенција дуговане чинидбе. Таква одредба представљала би својеврсну допуну регулативе ЗОО о приговору неизвршеног уговора и то за накнадно наступела потраживања током трајања уговорног односа.⁵⁷⁷ Други могући приступ – казуистички, фигурира у ШЗО и то у посебним случајевима облигационоправне ретенције, код различитих грађанскоправних уговора. Реч је о

⁵⁷³ О., Brander, Das Retentionsrecht, Zürich, 1933, стр. 160.

⁵⁷⁴ Тако и: S., Petrić, *op. cit.*, стр. 84.

⁵⁷⁵ Cf: Чл. 895 ШГЗ; § 273 НГЗ.

⁵⁷⁶ Видети: чл. 273 ст. 1 НГЗ

⁵⁷⁷ Више о ретенцији чинидбе видети у делу рада о дозвољеном објекту ретенције према општим правилима.

особеном праву задржавања своје чинидбе (а не туђе ствари)⁵⁷⁸ код: а) уговора о депозиту⁵⁷⁹; б) уговора о послузи⁵⁸⁰; и в) уговора о налогу.⁵⁸¹

10. Класична ретенција и *pignus gordianum*

Ова подела изведена је према критеријуму засебног или условно речено „везаног“ настанка ретенције⁵⁸². Наиме, у италијанском и француском праву⁵⁸³ постоји особено правило за модалитет ретенције, који се надовезује на већ настало заложно право. Реч је о ситуацији у којој је ствар заложно дужник, па након настанка заложног права поверилац стекне ново потраживање према залогодавцу-дужнику које доспева пре првог дуга. Две поменуте регулативе овакав случај називају *pegno gordiano* (*lat. pignus gordianum*), а чији *ratio* доктрина налази у начелу савесности и поштења.⁵⁸⁴

С обзиром да је у питању изузетак, неопходно је његово уско тумачење, те се овај вид ретенције признаје: а) *само према дужнику као залогодавцу* (не и према трећем лицу као залогодавцу); б) тек ако не постоји претходни изричито споразум странака о редоследу залогџа,⁵⁸⁵ и в) само ако је реч о државинској залози.⁵⁸⁶ Практично дејство овог института у поменутим регулативама је право повериоца да задржава дужникову ствар одбијајући њен повраћај све док му оба дуга не буду потпуно измирена.

Део италијанске доктрине⁵⁸⁷ у овом институту препознаје „особену врсту залогџа“, али без права намирења и без права првенства, редуковану само на вршење задржавања „предмета залогџа“. Међутим, сем етимолошке сличности у латинском називу *pignus*, који означава заложно право, код института *pignus gordianum* не

⁵⁷⁸ У свим овим случајевима реч је о задржавању чинидбе исплате накнаде, а не о задржавању ствари.

⁵⁷⁹ Чл. 475 ст. 2 ШЗО

⁵⁸⁰ Чл. 307 ст. 2 ШЗО

⁵⁸¹ Чл. 400 и 401 ШЗО

⁵⁸² Упркос чињеници да оваква подела није изведена у литератури, ми је наводимо као особену, будући да *pignus gordianum* неспорно фигурира као особени модалитет ретенције у земљама романског правног круга.

⁵⁸³ Чл. 2794 ст. 2 ИГЗ; чл. 2082 ст. 2 ФГЗ

⁵⁸⁴ G., Cian, A., Trabucchi, Commentario breve al Codice civile, Cedam, Padova, 1988, стр. 2069.

⁵⁸⁵ *Ibid.* У противном, у италијанском праву се примењују општа правила о заложном праву. Ипак, у француском праву се ни одсуство претходног договора странака о деловању заложног права на ново потраживање не сматра сметњом за заснивање ове врсте ретенције, као средства притиска на дужника. Видети: чл. 2082 ст. 2 ФГЗ.

⁵⁸⁶ Предност *pegno gordiana* је у обезбеђењу нарочито повлашћеног положаја повериоца примарног дуга; додатно појачање повериочевог заложног права омогућава једна фактичка премиса, а то је поседовање дужникове ствари; дакле, ова особена ретенција је последица „ефекта детенције“ претходно засноване залогџа.

⁵⁸⁷ E., Protetti, Il pegno nella giurisprudenza, Raccolta sistematica di giurisprudenza commentate (diretta dal M., Rotondi), Padova, 1070, стр. 227. Nav. prema: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 65.

препознајемо својства француске залогe, већ управо супротно – ретенције, редуковане на средство притиска, не и намирења. Претпостављамо да на овакве ставове утиче и широко прихваћено схватање доктрине⁵⁸⁸ земаља романског правног круга по коме ретенција представља саставни део заложног права као комплекснијег института.⁵⁸⁹ Међутим, доследним извођењем предложеног става, ретенцији француског права би био одузет статус самосталног правног института, битно различитог од заложног права, што оцењујемо као неадекватно.⁵⁹⁰

У сваком случају, овај институт је особеност француског и италијанског права, која су доследни поштоваоци римске традиције, из које потиче овај институт. Остале регулативе овај модалитет ретенције не познају, па тако ни наша. Ипак, интересантно је приметити извесну сличност између института *pegno gordiano* и законом дозвољеног одступања од начела специјалности заложног права, у домаћем праву.⁵⁹¹ Наравно, овде је јасно да је реч о заложном праву (са свим његовим консеквенцама), а не о некој посебној врсти ретенције, те је сличност између ове две «конструкције» ипак далека. Наведено одступање законом је предвиђено изричито за ручну залогу и односи се на „протезање“ залогe и на накнадно настала потраживања између истог залогопримца и залогодавца.⁵⁹² Међутим, можемо поставити питање: пошто домаћи законодавац експлицитно наводи да се залога протезе на „*накнадно настале уговорне обавезе*“, каква је правна судбина накнадно насталих потраживања из неуговорних обавеза?

У француском праву се као *ratio pignus gordianum*-а у доктрини истиче претпоставка да је поверилац пристао на ново обавезивање дужника према њему управо јер је свестан чињенице да он као залогодавац већ држи дужникову ствар као гаранцију и да ће захваљујући накнадно насталој ретенцији основано одбијати њен повраћај све до потпуног намирења оба потраживања. Тада је ново потраживање настало са вољом повериоца (уговорно порекло потраживања); међутим, тај „вољни“ елемент изостаје код новог потраживања које настаје из деликта (штете), те му

⁵⁸⁸ Е., Nardi, *op. cit.*, стр. 5 и даље.

⁵⁸⁹ Ретенција се тако, по нашем мишљењу неоправдано, поистовећује са овлашћењем заложног повериоца да одбије захтев за предају ствари до намирења обезбеђеног потраживања. Видети: чл. 2082 ст. 1 ФГЗ.

⁵⁹⁰ Са друге стране, ова врста права задржавања је специфична у односу на „класичну“ ретенцију, која настаје независно од сваког заложног права, јер указује на специфичан извор државине – предаја у залогу, а не по неком другом правном основу.

⁵⁹¹ Према наведеном начелу, обезбеђено потраживање и ствар као предмет залогe морају бити унапред одређени, па тако: само одређено потраживање једног повериоца се обезбеђује само на одређеној заложеној ствари. О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 243.

⁵⁹² Чл. 972 ЗОО: „Залога којом је обезбеђено испуњење неке обавезе протезе се и на *уговорне обавезе* које би настале између залогопримца и залогодавца након закључења уговора о залози, а које би доспеле за исплату пре намирене обавезе за чије је обезбеђење залога дата.“

француска доктрина⁵⁹³ одриче право задржавања у овом случају, јер тада недостаје наведени *ratio*.

Овај модалитет, исто као и класичну ретенцију у наведеним регулативама, начелно не одликује право намирења, као ни право првенства, како интереси осталих поверилаца не би били угрожени. Ипак, она делује и према трећим лицима, конкретно према стицаоцу ретиниране – заложене ствари. Наиме, иако начелно не представља средство намирења, *pignus gordianum* ће на овај начин (посредно) обезбедити повериоцу намирење оба дуга: дакле, и потраживања обезбеђеног заложним правом, као и новонасталог – обезбеђеног овом специфичном ретенцијом, будући да ће нови власник платити дуг.

11. Материјализована и „дематеријализована“ ретенција

Осим поделе на ретенцију ствари и ретенцију чинидбе, изведене према критеријуму објекта задржавања, могуће је издвојити још једну, специфичну поделу ретенције везану за објекат, према *критеријуму неопходности материјалног поседа* ствари, односно ефективне државине. Доминантан концепт ретенције у упоредном праву подразумева задржавање конкретне, одређене, телесне ствари која је нужно у апрехензији (ефективној државини или детенцији) повериоца - ретинента.⁵⁹⁴ Међутим, чини се да у новије време постоје и другачије тенденције, које су нарочито заступљене у француској доктрини и у судској пракси,⁵⁹⁵ а које потенцијално прете да уруше читав концепт ретенције схваћене као „ефекта детенције ствари“.⁵⁹⁶ Притом, ово је тенденција не само у регулативама у оквиру европскоконтиненталне породице права, већ на одређени начин и у земљама англосаксонске правне традиције.⁵⁹⁷

⁵⁹³ G., Gorla, P., Zanelli, Del pegno e delle ipoteche, in Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1992, стр. 88-89.

⁵⁹⁴ Овакав концепт као правило фигурира и у регулативама англосаксонске породице права кроз институт *possessory liens*. Више код: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 135.

⁵⁹⁵ О случајевима дематеријализоване, тј. фиктивне ретенције из француске судске праксе видети више код: Malaurie, Aynes, *Cours de droit civil, op. cit.*, стр. 149.

⁵⁹⁶ Тако се у француској судској пракси наилази и на пресуде којима се дозвољава ретенција “права располагања једним контингентом млевења млинарске индустрије“. 20. 01. 1965. Одлука Трговинске коморе Касационог суда од 20. 01. 1965. Cit. To: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 35-36.

⁵⁹⁷ Ове друге регулативе експлицитно разликују две паралелно постојеће групе средстава обезбеђења потраживања: а) *possessory lien*; и б) *non-possessory liens*. Будући да само прва врста има сличности са ретенцијом европског права, а она подразумева постојање поседа задржаване дужникове ствари, можемо закључити да је постојање поседа у обе породице права и даље по правилу, нужан услов ретенције (односно *possessory lien-a*). Ипак, као предност англосаксонског приступа можемо означити раздвајање два суштински различита типа средстава обезбеђења потраживања на: а) државинско и б) недржавинско обезбеђење, сходно различитим потребама савременог правног промета. Насупрот томе, регулативе са

Дематеријализација предмета ретенције, се одвија у различитим смеровима, а доктрина⁵⁹⁸ нарочито издваја следеће случајеве: 1) ретенција трговачког фонда; 2) ретенција дигитализованих докумената дужника; 3) ретенција продавца аутомобила на кредит; и 4) бездржавински *lien* англоамеричког права.

Наш утисак је да је овде заправо реч о две паралелне врсте дематеријализације: а) дематеријализација *ствари* - као објекта ретенције; и 2) дематеријализација *поседа* материјалне ствари. У прва два од четири наведена случаја реч је о ретенцији нетелесне ствари, односно нематеријалне имовине, неуклопиве у досад владајућа општа обележја правног појма ствари (као објекта ретенције), која је квалификују као: самосталан, ограничени део материјалне природе, подређен људској власти. У друга два случаја проблем је у изостанку ефективног поседа ствари упркос признатом овлашћењу „задржавања“.⁵⁹⁹

А. Дематеријализација објекта ретенције

1. *Ретенција трговачког фонда.* У овом случају реч је о „залагању“ трговачког капитала без преноса поседа ствари на „залогопримца“, при чему се јавност преноса очигледно не обезбеђује државином, већ уписом у посебни регистар, којим се повериоцу обезбеђују право следовања и првенства (што иначе не одликује ретенцију француског права).⁶⁰⁰ Међутим, чини нам се да је код овакве „ретенције нетелесне ствари“⁶⁰¹ спорно више елемената: а) најпре, врста заснованог права је, по нашем мишљењу, бездржавинско законско заложно право, а не ретенција⁶⁰², пре свега из

европског правног подручја познају само ретенцију, као државинско средство обезбеђења потраживања, а потом из ње вештачки изводе тзв. фиктивну (дематеријализовану) ретенцију – која то више није (губећи своје суштинско обележје, а то је везаност за фактичку власт на ствари).

⁵⁹⁸ S. Petrić, *nav. delo*, str. 261-262.

⁵⁹⁹ Као посебно питање у овом контексту у доктрини се помиње и могућност реалне суброгације, тј. трансформације објекта ретенције. Наиме, реч је о могућности да објекат задржавања постане новац добијен продајом ретиниране ствари, а у циљу остварења права првенственог намирења ретинента у односу на све остале реално обезбеђене и хирограферне повериоце. Ипак, нама се чини да се ова проблематика више тиче дејства ретенције и овлашћења намирења из ретиниране ствари, али и питања државине, као услова заснивања и опстанка ретенције, те ће у том контексту и бити разматрана касније у раду.

⁶⁰⁰ Ипак, важно је упозорити да овакво виђење предмета ретенције зависи и од претходне квалификације правне природе ретенције, која се баш у француској доктрини често тумачи као једно од „овлашћења“ заложног повериоца. Стога, чини се да тенденције све ширег коришћења бездржавинске (регистроване) залог, повлаче за собом и својеврсно ширење домања ретенције на нетелесним стварима, схваћене као премисе залог, без депоседовања дужника.

⁶⁰¹ *Ibid.* Sûretés réelles (Jurisprudence française en matière de droit civil); Revue trimestrielle de droit civil, 1994/4, стр. 908.

⁶⁰² Тако и: P., Malaurie, L., Aynes, Cours de droit civil, Les sûretés, Édition Cujas, Paris, 1986, стр. 149.

разлога што ово право задржавања трговачког фонда непосредно садржи и овлашћење намирења, што је суштинско разликујуће обележје од ретенције француског права, схваћене искључиво као средства притиска на дужника; б) начело специјалности које иначе важи за ретенцију је овде доведено у питање: шта је тачно „задржано“ и како, с обзиром на одсуство било какве апрехензије „ретинента“; и коначно, в) најпроблематичнијим нам се чини концепт смелог *задржавања права*, уместо традиционалног задржавања ствари.⁶⁰³

2. *Ретенција дигитализованих докумената дужника*. Овај случај дематеријализације поседу тиче се проблема задржавања нематеријалних информација, тј. њихове подобности да у правном промету буду схваћене као ствари.⁶⁰⁴ Чини се да је све присутнија тенденција екстензивног схватања појма „ствар“, што је подударно са концептом дела француске доктрине: да се објекат ретенције убудуће што шире и „лабавије“ конструише. Циљ је да се на тај начин што обухватније заштите интереси повериоца, те правни писци⁶⁰⁵ предлажу признавање „ретенције информација“ у оквиру потенцијала савремених информационих технологија. Нама се чини да ово питање иницира и једно *шире, а то је: могућност* проширења идеалних облика државине ствари, без фактичке власти. Ипак, кључни проблем у овом случају није врста државине, већ непостојање ствари као државинског објекта, те је можда могуће решење дозволити државину права, као алтернативу за државину ствари, при конституисању ретенције. Позитиван исход оваквог решења било би максимално проширење могућих објеката ретенције, али би тиме био нарушен концепт - ствари, као традиционално прихваћеног објекта ретенције, а последично и концепт ефективне (по правилу, непосредне) државине ретинираног објекта и сл.⁶⁰⁶

Ово питање је нарочито важно у француском праву, будући да у тој регулативи изостаје један од захтева које поставља већина законодавстава за заснивање ретенције,

⁶⁰³ Ова идеја звучи напредно, будући да отвара нове могућности у примени ретенције, међутим поставља се питање да ли је корисно институт који је традиционално везан за посед (детенцију) ствари одвајати од његове суштине, у ситуацији постојања других права обезбеђења која управо почивају на концепту опстанка поседу дужника. Стога се слажемо са оценом аутора (N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 35), који констатује да ретенција суштински „црпи своју снагу и оправдање управо из материјалног поседу на материјалној ствари“, што је, сматрамо, претпоставка коју не бисмо смели олако елиминисати.

⁶⁰⁴ Чињеница је да досадашњем доминантном поимању ствари у грађанскоправном смислу не одговара такав концепт, али је исто тако факат да је досадашњи стриктни појам ствари релативно превазиђен, због чега је реално да у будућности претрпи значајне промене. Томе у прилог иду већ постојећи проблеми квалификације нематеријализованих хартија од вредности, стана као ствари, и бројни други примери „пробијања“ општепознате дефиниције, те последично и ширења појма ствар.

⁶⁰⁵ Scarpe, *op. cit.*, стр. 552.

⁶⁰⁶ Овакве тенденције су у складу са схватањем поседу у упоредном праву. Наиме, у немачком праву је неспорно да се ретенција може остваривати не само у случају непосредне, већ и посредне државине. О томе више у одговарајућем одељку, који се односи на државину, као услов заснивања ретенције.

па и наша, а то је да ретинирана ствар има својство робе, те да се може изложити продаји у циљу намирења. Будући да француско право и судска пракса⁶⁰⁷ дозвољавају и ретенцију ствари које немају никакву материјалну вредност, поменуто питање утолико добија на значају. Насупрот томе, у домаћој позитивној регулативи ствари без имовинске вредности свакако не могу бити предмет ретенције⁶⁰⁸, те је засад излишна расправа о евентуалној могућности дематеријализације таквих објеката (докумената, исправа и сл.). Ипак, оваква разматрања су значајна, јер иницирају низ потенцијалних контраверзних питања у погледу могућег проширења објекта ретенције и у домаћем праву *de lege ferenda*.

Б. Дематеријализација поседа објекта ретенције

Насупрот општој претпоставци за заснивање ретенције – физичком поседу ретиниране ствари, француска доктрина све више помиње тзв. „фиктивну ретенцију“,⁶⁰⁹ тј. ретенцију без ефективног поседа ствари која је предмет „задржавања“. Са друге стране, ова појава је широко присутна у англоамеричком праву, које осим државинске, познаје и пуно модалитета бездржавинске „ретенције“.

1. *Фиктивна ретенција француског права*. Овај модалитет ретенције има за своју базу француски закон из 1934. (*Loi Malingre*), којим је прописано да продавац аутомобила на кредит има заложно право на њему (а у оквиру њега и право задржавања), иако је ствар предата у државину купцу. На овај начин француски законодавац *фингира* да ствар још увек није испоручена прибавиоцу. Тиме је прекинута веза између ретенције као „овлашћења из залоге“ и материјалног поседа ствари,⁶¹⁰ али и што је још значајније, тиме је признато јаче дејство фиктивној ретенцији, у односу на материјалну (државинску). Утисак доктрине је да се тиме са апсурдним последицама креирало једно ново, особено „деформисано право обезбеђења“⁶¹¹, које негира основно правило да државина ствари неминовно даје макар фактичку предност (*in pari causa*

⁶⁰⁷ Поверилац у француском праву може да ретинира документе и друге „папире“ дужника у циљу вршења притиска на њега. Видети: Одлука Касационог суда од 16. марта 1965. Cit. to: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 34.

⁶⁰⁸ Видети: чл. 286-289 ЗОО

⁶⁰⁹ Scapel, *op. cit.*, стр. 566; N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 36.

⁶¹⁰ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 262.

⁶¹¹ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 36.

melior causa possidentis). Ипак, француска судска пракса⁶¹² следи овакав концепт, што део доктрине оцењује не само као „концептуално нехармонично, већ и као практично неповољно“; са последицом да се „невидљиви посед“ фаворизује у односу на потенцијалну истовремену материјалну ретенцију на истој ствари.⁶¹³ Тиме се, по нашем мишљењу, обесмишљава концепт ретенције као превасходно материјалног утицаја на ствари, који за последицу има обезбеђивање и правни утицај.

2. *Бездржавински lien англоамеричког права*. Други случај дематеријализације поседа као претпоставке ретенције тиче се особеног модалитета *lien-a*⁶¹⁴, као англосаксонског института, који је по својим општим претпоставкама најсличнији континенталној ретенцији. Наиме, иако је посед ствари нужан услов за заснивање и опстанак *lien-a* по правилима *common law-a*, према правилима *equity law-a* поверилац има право да „ретинира“ ствар (потенцијално и да се намири из вредности оптерећене ствари) и без поседа исте.⁶¹⁵ Овај „*equitable lien*“ (*charging lien*) доктрина⁶¹⁶ квалификује као бездржавинско оптерећење на (најчешће) непокретној ствари дужника, које следи ствар, без обзира где се она налази⁶¹⁷. У свим таквим случајевима поверилац нема државину, али оптерећена ствар ипак обезбеђује потраживање.⁶¹⁸

Ratio оваквог решења је, како доктрина⁶¹⁹ истиче – правичност, у ситуацији када су све остале претпоставке за заснивање ретенције остварене, а недостаје „само“ посед. Ипак, могуће је полемисати на тему: да ли овакав *lien* уопште има статус изузетка, за

⁶¹² Видети: Одлука Касационог суда од 15. Јануара 1957. којом је призната фиктивна детенција, те и фиктивна ретенција продавца аутомобила на кредит, упркос извршеној испоруци купцу. Cass. Comm. 15. Janv. 1957, D. 1957. 267, note Hémar, J. C. P. 1957. II. 10006, note Vecqué.

⁶¹³ Позивајући се на чл. 1948 ФГЗ, суд у Паризу је одбио сервисеру камиона право ретенције (који има фактички, ефективни посед) позивајући се на претходно засновану невидљиву, али постојећу ретенцију кредитног друштва које има залог на испорученом камиону. Видети: Одлуку Апелационог суда у Паризу од 9. Марта 1964. Cit. to: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 36.

⁶¹⁴ *Lien* англоамеричког права представља особено средство обезбеђења потраживања, чија се општа дефиниција одређује на следећи начин: „*A commercial or general lien is a right to retain for the general balance of an account.*“ Овакав тип обезбеђења овлашћује повериоца да задржи дужникову ствар коју, по правилу, има у поседу, а ради задовољења свих потраживања која има према дужнику у оквиру истог пословног односа. Cit to: W. F., Webster, *Ashburner's Concise Treatise on Mortgages, Pledges and Liens*, London, 1911., стр. 93.

⁶¹⁵ L. E., Hall, *Possessory Liens in English law*, Sweet & Maxwell, London, 1917., стр. 17.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ Као типичан случај бездржавинског *lien-a* правни писци (V., Di Castri, *The Law of Vendor and Purchaser*, The Carswell Company Ltd, Toronto, 1976., стр. 685) наводе *lien* продавца непокретности коме није исплаћена цена, иако је некретнина предата у посед купцу. Осим наведеног, у групу бездржавинских *lien-a* спадају и: *judgement lien* (када правоснажна судска пресуда конституише терет на имовини дужника, а јавност се обезбеђује уписом у посебан регистар, уместо поседом ствари); затим, *mechanic's lien* (који се признаје свима који су својим радом трајно повећали вредност непокретности а немају је у поседу); као и *tax liens* (који настају *ex lege* у корист државног буџета). *Ibid.*

⁶¹⁸ О особеностима *maritime lien-a*, а нарочито о разлици између овог бездржавинског и класичног државинског (*possessory*) *lien-a* видети више код: S., Harwood, *Shipping Finance*, 3. Edition, London, Euromoney Books, 2006., стр. 130.

⁶¹⁹ L., Lavine, *Modern business Law*, Prentice-Hall Inc., New Jersey, 1963., стр. 606.

разлику од фиктивне ретенције француског права која је несумњиво изузетак од правила?⁶²⁰ С обзиром на низ особености овог правног система, засад ћемо само констатовати да је, условно названа, државинска ретенција англоамеричког права (*possessory lien*)⁶²¹ начелно слична тзв. материјализованој ретенцији континенталног права, која важи као правило. Са друге стране, *equitable lien* је институт који је идејно сродан тенденцији дематеријализовања поседа задржаване ствари, која засад има тек значај изузетка у - европскоконтиненталној породици права.

Наш утисак је да је традиционална база института континенталне ретенције управо *државина материјалне ствари*, која оправдава концепт спонтано изазваног, а потом тенденциозно настављеног физичког *задржавања нечега што се нужно мора претходно држати*. Ипак, интересантно је приметити извесна приближавања два концепта; првенствено, исте потребе се јављају у обе породице права, а то је обезбеђење што боље заштите интереса необезбеђеног повериоца. Овај циљ је заједнички, упркос бројним суштинским разликама између њих.⁶²² Осим тога, слични су и начини заштите угрожених интереса, а то су: државинско обезбеђење као правило, уз све бројнија бездржавинска обезбеђења, као продукт савремених правних односа и растућих економских потреба.

⁶²⁰ Чињеница је да англоамеричко право познаје две врсте „задржавања ствари“: државинско и бездржавинско обезбеђење као подједнако заступљене врсте, а чији су извор три паралелна система правила: *common law, equity law u statutory law* (а мешко је неко од њих квалификовати као правило или као изузетак).

⁶²¹ Део англоамеричке доктрине заступа став да је термин *lien*, у строгом језичком значењу, искључиво вид државинског обезбеђења потраживања, те да је стога неадекватно постојање било каквог бездржавинског *lien-a (non-possessory lien)*. Видети: E. J., Sykes, *The Law of Securities*, Sydney, 1978., стр. 553. Ово је у складу са нашом ставом да је ретенција особено право обезбеђења које је традиционално, суштински, етимолошки, функционално и циљно – нераскидиво повезано са државином ствари која се ретинира.

⁶²² О разликама више код: R., Jelić, *Svojina u anglosaksonskom pravu*, *Pravni život*, br. 10/ 2000.

ГЛАВА IV

УСЛОВИ ЗАСНИВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ РЕТЕНЦИЈЕ

Без обзира на чињеницу да ли одређени правни систем припада општем или казуистичком типу регулисања⁶²³, за ретенцију важе одређена општа правила која морају бити задовољена у сваком конкретном случају њеног настанка. Та општа правила важиће у свакој ситуацији ретинирања, која није другачије регулисана посебним прописом. Управо постојање општих законских правила о настанку и вршењу ретенције, елиминише у доктрини истицану бојазан да је реч о средству „неконтролисане примитивне правде“, која прети да уруши систем уређене судске заштите права.

Према критеријуму основа настанка, разликујемо уговорну (добровољну) и законску ретенцију, која настаје против воље дужника.⁶²⁴ Када дође до настанка ретенције *ex lege*, она је за дужника обавезујућа, али не и за повериоца – потенцијалног ретинента, који је овлашћен, али не и обавезан да се њоме користи. Ако постоји воља повериоца да стекне ово субјективно грађанско право - ни једна страна не може изменити начин на који је законска ретенција уређена.

Ипак, чињеница да постоји и уговорно право задржавања, указује на могућност настанка ретенције под нешто другачијим условима, а у границама дозвољене слободе уговарања. С обзиром да је однос уговорне и законске ретенције у основним цртама већ био предмет нашег разматрања у претходном делу рада, надаље ћемо анализирати само услове настанка законске ретенције (*retentionis legale*).

Стога, сматрамо сврсисходном детаљнију компаративну анализу, а нарочито вредносну оцену услова настанка законске ретенције *de lege lata*, а у циљу коначног формулисања предлога, по нашој оцени, најадекватније регулативе услова заснивања ретенције *de lege ferenda*.

⁶²³ Ова општа правила за грађанску ретенцију могу бити садржана у законској норми или их формулише доктрина, зависно од тога о којој је држави реч.

⁶²⁴ Однос законске и уговорне ретенције је однос правила и изузетка: законска ретенција важи као правило, а уговорна као изузетак. У већини правних система уговорна ретенција није изричито забрањена; а у малобројним државама је и експлицитно законом регулисана.

Да би право ретенције настало, неопходно је испуњење одређених законских услова, који су у регулативама из нашег узорка у основи исто постављени. Неки од њих су општеприхваћени, попут: услова који се тичу потраживања које се обезбеђује ретенцијом (доследност, утуживост и сл.); као и услов посуда ствари која је предмет задржавања. Остали услови су различито конципирани, те ће као такви бити предмет наше подробне компаративне анализе.

Међутим, пре разматрања сваког од услова за заснивање ретенције понаособ, сматрамо важном одговарајућу класификацију ових услова, из два разлога: 1) у доктрини постоје различите поделе услова за заснивање ретенције, изведених применом различитих критеријума, те је важно претходно оценити њихову адекватност; и 2) научни приступ проучавању настанка ретенције, изискује прегледност и прецизност у систематизацији услова за њено конституисање. Стога ћемо у делу рада који следи, најпре изложити постојеће поделе у литератури, а потом извести ону, која је по нашем мишљењу, најадекватнија.

Разни аутори наводе различите врсте, али и број услова за ретенцију, у складу са позитивним правом конкретне државе и својим виђењем битног и небитног елемента за конституисање овог права. Тако, правни писци издвајају два, три или четири услова за конституисање ретенције, при чему постоје различите комбинације. Наш циљ је да сакупимо све услове који су предвиђени за конституисање ретенције у различитим регулативама, али и оне које наводи доктрина, како бисмо их вредносно оценили и коначно, извели закључак које од њих треба уврстити у будући модел за домаће право и шире, модел који сматрамо најбољим.

ОДЕЉАК 1 УОПШТЕ О УСЛОВИМА

I Различита схватања о условима за заснивање ретенције у домаћој и страниј доктрини

Критеријуми за доктринарне поделе услова заснивања ретенције су кроз време били различити, те ћемо најзаступљенија схватања изложити почев од оних која су, по нашој оцени, најмање адекватна, до оних која најбоље одражавају врсту услова неопходних за настанак ретенције.

1. Подела на услове формалне и материјалне природе

Неки старији аутори⁶²⁵ су све услове настанка ретенције поделили на услове *формалне и материјалне* природе, што уједно представља и једини (нама познати) покушај класификације ових услова у доктрини. Тако, у основне формалне услове поменути аутор убраја: субјекте, објекат и основ ретенције, а сматра и да би у ову врсту услова требало обавезно укључити и обавештење дужника о ретинирању, као и тужбу, коју чак треба „наметнути ретиненту“, као „легислативно-технички захтев“, који „треба и орочити“. Са друге стране, као материјални услов овај аутор наводи - нужност спајања дужника и власника ствари у једном лицу.

Поједини критичари⁶²⁶ оцењују да оваква подела није од већег практичног и научног значаја, те да је стога није сврсисходно прихватити. Међутим, нама се критеријум за ову поделу не чини толико спорним, колико сами услови које поменути аутор издваја као нужне предуслове за конституисање ретенције.

Наиме, сви услови који су законом предвиђени за настанак ретенције, по нашем мишљењу су – услови материјалне природе (потраживање; ствар; државина; узајамност); а технички, тј. формални моменти (обавештење дужника; истицање приговора у парници или вансудским путем) се односе само на начин реализације законске ретенције. Обавештење дужника о ретенцији само значи да поверилац врши своје законско право (чији је титулар претходно постао), а подизање тужбе у циљу

⁶²⁵ М., Vuković, *Pravo trgovačke retencije*, „Spomenica Mauroviću“, I, 1934, str. 245, 246.

⁶²⁶ Р., Лоренц, *Право ретенције...*, стр. 44.

намирења никако не може бити конститутивни елемент настанка ретенције, која може и не мора бити вршена уопште (зависи од воље повериоца – овлашћеног лица); а још мање је предуслов њена нужна процесна реализација захтевањем намирења из задржане ствари. Из таквог става произлази погрешна интерпретација ретенције као законске обавезе, а не као законске могућности (овлашћења) за повериоца.

Стога, можемо оценити да предложени критеријум поделе (на услове материјалне и формалне природе) није сам по себи неприхватљив, већ су услови које аутор наводи као неопходне за настанак ретенције – по нашој оцени неадекватни. Ово питање се, по нашем мишљењу, односи на двојно манифестовање ретенције као: 1) материјалног права и 2) као приговора, који само представља начин реализације субјективног права, те сматрамо да ова два сегмента њеног испољавања треба јасно раздвојити.

2. Поделе према броју услова потребних за настанак ретенције

Већина аутора не класификује ове услове у групе, већ само издваја различит број услова потребних за настанак ретенције, а потом разрађује њихова својства. Тако, према формалном критеријуму броја услова за заснивање ретенције, које њихови аутори издвајају, можемо разликовати три различите групе: двојне, тројне и четворне поделе услова потребних за настанак овог права.

2.1. Двојна подела. Поједини аутори⁶²⁷ наводе изричито два услова као најзначајнија за настанак ретенције, а потом разматрају њихова својства. Тако, као критеријум за разграничење издвајају два „суштинска елемента права задржавања“, а то су: 1) предмет обезбеђења – потраживање; и 2) средство обезбеђења - ствар која се задржава. Без улажења у поједина својства потраживања, као нужне квалитете који га, према мишљењу ових аутора, чине подобним предметом обезбеђења, нити у својства ствари, која је чине подобним објектом ретинирања, можемо констатовати да је оваква подела, ипак недовољно диференцирана.

Наиме, недостатком ове поделе сматрамо чињеницу да ови аутори не наводе изричито услов државине ствари која се ретинира, као један од кључних елемената, а

⁶²⁷ М., Vedriš, P., Klarić, *op. cit.*, стр. 417; Ј., Čuveljak, *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, *Pravo i porezi*, br. 6/09, стр. 43; V., Bilbija, *Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu*, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-5/2011. Оваква двојна подела услова за заснивање ретенције прихваћена је чак и у делу новије домаће литературе. Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015, стр. 162.

овај елемент је, по нашем мишљењу, суштински и разликујући у односу на нека друга реална права обезбеђења потраживања, за чији настанак фактичка власт на ствари уопште није потребна. Утисак који се евентуално може стећи оваквим издвајањем елемената за настанак ретенције је истицање потраживања и ствари као базичних услова за њено конституисање, чак и важнијих од неких других - конкретно, од државине ретиниране ствари, што нам се не чини оправданим.

Адекватнијим приступом стога сматрамо - издвајање услова државине ствари, као посебног услова за конституисање ретенције, а не као једног од својстава ретиниране ствари. Ипак, с обзиром на чињеницу да и претходно поменути аутори сматрају потребним условом и постојање поседа ствари (који разматрају у оквиру својстава ретиниране ствари, а не као засебни услов настанка ретенције), очигледно је да и овај елемент сматрају условом *sine qua non* за конституисање ретенције. Стога, иако се ова подела формално (према броју издвојених услова – од стране самих аутора) квалификује као двојна, ипак суштински одговара правним системима из којих ови аутори потичу.

2.2. Тројне поделе. Као тројне поделе можемо означити оне које издвајају три услова потребна за настанак ретенције. Међутим, оне имају неколико различитих комбинација, у зависности од решења конкретног позитивног права.

A. У домаћем праву. У ову поделу најпре можемо убројати ону која наводи три базична услова за настанак ретенције предвиђена у домаћем закону, а то су: потраживање; ствар и државина. Поједини домаћи аутори⁶²⁸ тако набрајају потребне услове за конституисање ретенције у домаћем праву следећим редоследом: „доспело потраживање, ствар, новчано потраживање и државина повериоца“. Ипак, претходно наведено доктринарно одређење можемо оценити као: несистематично и непотпуно. Несистематичност се открива у редоследу навођења услова; а непотпуност у чињеници да су изостављени поједини квалитети, попут утуживости потраживања. Предност овде наведене поделе у односу на прву наведену, је та што не инсистира на појединим формалним елементима који, из разлога које смо претходно навели, никако нису предуслов заснивања ретенције. Она све услове оцењује као материјалне предуслове, што је и наш став.

Са друге стране, већина домаћих аутора наводи систематичну тројну поделу услова за настанак ретенције која обавезно укључује и државину, тј. посед ствари која

⁶²⁸ В., Благојевић, В., Krulj, Komentar zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, Beograd, 1983, стр. 1000.

се задржава, као неопходан услов заснивања ретенције. Ова подела је најзаступљенија у домаћој литератури, а последица је прихваћене концепције српског законодавца, који је елиминисао услов конекситета, као елемент⁶²⁹ који је у упоредном праву најчешће неопходан за заснивање ретенције. Аутори⁶³⁰ који у анализи услова полазе од решења домаћег права, тако издвајају следећа три елемента, као неопходне законске премисе за настанак ретенције и то: *потраживање, ствар и државину*, а потом разматрају потребне квалитете сваког од наведених услова.

Б. У упоредном праву. Услови за настанак ретенције у страним правним системима су регулисани другачије, те различити аутори у складу са позитивним правом земље из које долазе наводе различите комбинације услова, а реч је о навођењима која бисмо такође могли формално означити као тројна.

Тако, поједини француски правни писци⁶³¹, као три кључна услова за заснивање ретенције издвајају: 1) *потраживање*; 2) *ствар* (при чему, под условом постојања ствари - мисле и на ствар и на посед ствари),⁶³² и 3) *конекситет*. Овакво навођење, по нашем мишљењу, није потпуно, већ му недостаје издвајање услова који је и у претходном навођењу био занемарен, а то је државина (односно, у Француској ретенција) ствари која се ретинира. Иако је овај услов, по оцени поменутих аутора, садржан у услову који се односи на ствар која је објекат права задржавања, нама се чини да овакво спајање два засебна елемента настанка ретенције није сврсисходно, с обзиром да постоје и бездржавинска права обезбеђења, али онда није реч о ретенцији - која има строго државински карактер.

Иако по својим суштинским карактеристикама битно одступа од претходна два навођења услова потребних за настанак ретенције, постоји једно, које је продукт немачке доктрине,⁶³³ а које такође садржи три услова за ретенцију, што је разлог за њено сврставање у ову групу. Три елемента која чине структуру ове поделе су следећа: *потраживање, противпотраживање и конекситет*. Оно што ову поделу чини особеном јесте елиминација ствари, иначе обавезног елемента настанка ретенције у доминантном моделу регулативе овог института. Разлог томе је вероватно чињеница да

⁶²⁹ Видети: чл. 286 ЗОО

⁶³⁰ Видети: R., Kovačević-Kuštrimović, M., Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2009, стр. 246; M., Орлић, О., Станковић, *нав. дело*. Н., Планојевић, *Стварно право у пракси, нав. дело*, стр. 420; С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 65.

⁶³¹ Тројну поделу услова за заснивање ретенције заступају у француској доктрини: Guillouard, L., *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896. N., Catala-Franjou, *De la nature juridique du droit de rétention*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, стр. 33-36.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ Видети: M., Volmer, *op. cit.*, 15 i dalje; A., Breuer, *op. cit.*, p. 18-19.

грађанска ретенција немачког права, најчешће настаје као ретенција чинидбе, тј. ускраћивање дуговане чинидбе из истог правног односа из ког проистиче и противчинидба. Чинидба (ненамирено потраживање) и противчинидба дужника нужно су у односу узајамности. Притом, дужником се у овом случају сматра онај који задржава дуговану чинидбу, а повериоцем – противник задржавања чинидбе.

Нарочито интересантно у овој подели, по нашем мишљењу, је истицање важности коегзистенције два очигледно различита елемента, тј. услова за заснивање ретенције, који у претходно наведеним поделама уопште нису издвојени као особени. До сада је искључиво издвајано потраживање повериоца као услов, а противпотраживање занемарено. А све претходно наведено упућује на предуслов узајамности (реципроцитета) ове две дуговане чинидбе, што је потенцијално особени услов за заснивање ретенције, који повезује две чинидбе и два лица, која су истовремено у унакрсној улози повериоца и дужника.

2.3. *Четворна подела услова за заснивање ретенције.* Највећи број услова за заснивање ретенције наводи се у у хрватској доктрини,⁶³⁴ а четири кључна услова за заснивање опште законске ретенције (у упоредном праву), по овом схватању су: *потраживање, ствар, државина и конекситет*. Притом, ауторка ове поделе истиче да једино «субјекте грађанскоправног односа не треба засебно разматрати као предуслов, с обзиром да за њих законодавац не поставља никакве посебне захтеве».⁶³⁵ Наиме, ретинент и противник ретенције могу бити сва правна и физичка лица, без разлике, уколико могу бити носиоци права и обавеза које се штите ретенцијом.

II Листа могућих услова за заснивање ретенције

На основу свега претходно наведеног, сачинићемо најширу листу могућих услова за заснивање опште ретенције грађанског права. Притом, ни у једном позитивном правном систему не важе, нити треба да важе сви овде наведени услови кумулативно, већ су на овом месту систематизовани у циљу анализе и одабира адекватних.

То је 5 материјалних услова, који уједно представљају одговор на 5 кључних питања и то: 1) шта се обезбеђује ретенцијом? 2) шта је средство обезбеђења? 3) какав је просторни однос ретинента и средства обезбеђења? 4) какви су односи субјеката

⁶³⁴ S., Petrić, *nav. delo*, str. 173.

⁶³⁵ *Ibid.*

поводом ретенције; и 5) каква је веза између предмета обезбеђења ретенцијом и средства обезбеђења? Одговори на претходно постављена питања су *позитивни услови sine qua non* настанка ретенције грађанског права, а то су: 1) *потраживање одговарајућих квалитета*; 2) *ствар одговарајућих особина*; 3) државина одговарајућих особина; 4) *узајамност* ретенцијом обезбеђене чинидбе и дуговане противчинидбе предаје ретиниране ствари – што ћемо означити као споран услов, везан за специфичност објекта ретенције (чинидба) у једном правном систему (немачком); и 5) *конекситет одговарајућих особина* (веза између ствари и обезбеђеног потраживања).

Изабрани редослед навођења услова за настанак ретенције не значи да су поједини услови важнији од других, јер тек кумулативно испуњени – они омогућавају настанак ретенције. Ипак, чињеница је да је ретенција акцесорно право, које настаје и опстаје искључиво захваљујући постојању главног (потраживање), те хронолошки посматрано – овакав редослед има оправдање.

Наиме, прво настаје потраживање, као главно право; и то не било које, већ искључиво потраживање одговарајућих квалитета (што је основни услов, који прописују сви законодавци на свету, без изузетка). Тек онда постају релевантни одговарајући квалитети ствари, као потенцијалног (и најчешћег) средства обезбеђења потраживања (ипак, чињеница да објекат ретенције у немачком праву може бити и чинидба, значи да овај услов није универзално конципиран у свим законодавствима, за разлику од претходног). Даље, тек чињеница да поверилац већ има у државини ствар оваквих квалитета доводи до настанка ретенције – као споредног права, са функцијом обезбеђења потраживања (државина ствари се традиционално сматра неопходним условом ретенције, као права стриктно везаног за посед ствари). Додатно прецизирање је да у неким ситуацијама и у неким правним системима мора постојати однос реципроцитета између потраживања ретинента и противника ретенције (узајамност дуговане чинидбе предаје ствари и потраживања упереног према истом лицу - као дужнику главне обавезе). И коначно, пети по реду услов – конекситет, постоји у неким правним системима, али у другима не (као нпр. у домаћем праву и у правима земаља из бивше СФРЈ), те га стога наводимо последњег. Ипак, већина законских решења регулише услов конекситета и то: ако не као правило за општу ретенцију, онда бар као изузетак – за поједине, посебне врсте ретенције.

Међутим, ни претходно навођење нам се не чини комплетним. Чак и ако су испуњени сви законом предвиђени услови, настанак ретенције коначно зависи од једног субјективног елемента – а то је воља повериоца. Будући да ретенција не може

бити наметнута повериоцу *ipso iure*, он ће ово субјективно грађанско право стећи тек у случају да претходно има вољу да постане титулар овог особеног права обезбеђења. Стога нам се чини да је овај субјективни елемент заправо - предуслов конституисања ретенције у сваком конкретном случају, те стога и шести, особени елемент, уз претходно наведених пет материјалних (објективних) услова.

С обзиром да је воља повериоца кључан предуслов настанка ретенције, то даље значи да је њен настанак у конкретном случају могуће уговором искључити (осим у државама у којима је то изричито забрањено). Тиме поверилац даје негативну изјаву воље, тј. унапред се одриче законске могућности да постане титулар особеног права реалног обезбеђења потраживања, а у корист свог дужника – противника ретенције. Наш став потврђује и став дела хрватске доктрине,⁶³⁶ у ком се истиче да нема препреке да се уговором унапред искључи ретенција, што би значило искључење стицања овог субјективног права у конкретном случају.

Стога сматрамо да је, уз пет претходно означених – позитивних, могуће издвојити и *један негативан услов* настанка ретенције и то: да уговором ретенција у конкретном случају није искључена. Из овог разлога, предложену поделу услова за заснивање ретенције можемо означити као *комбиновану*; а чини је: пет позитивних (објективних) услова и један негативни (субјективни).

1. Воља повериоца као субјективни услов настанка ретенције

Иако је основ настанка ретенције закон у ужем смислу, субјективно грађанско право се не конституише у тренутку кумулативног испуњења законом предвиђених услова. Наиме, ретенција као субјективно грађанско право настаје искључиво вољом титулара (на основу начела аутономије воље грађанског права) и уз постојање свести да постоје услови за ретенцију. Наше схватање потврђује и став дела хрватске доктрине, по ком ретенција настаје тек када поверилац „изричито или прећутно изјави вољу да ће се користити овим законским овлашћењем“.⁶³⁷

Стога оцењујемо да је *воља* - кључни услов настанка ретенције, као што је и кључни услов њеног вршења. У случају да поверилац не жели заснивање ретенције, он ће ствар вратити на захтев власника, те она не може настати по сили закона, нити

⁶³⁶ М., Žuvela, *Pravo zadržanja, op. cit.*, str. 27; О., Jelčić, *Obveznopravno osiguranje – jamstvo i pravo zadržanja*“, u T. Josipović, *Zaštita poverioca – stvarnopravno, obligacionopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Zagreb, 2005, str. 61, 87.

⁶³⁷ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, str. 175.

повериоцу може бити наметнуто њено стицање, иако је законом предвиђено искључиво у његовом интересу. Ретенција настаје и врши се против воље дужника-противника ретенције, али не и против воље повериоца.

Ипак, у доктрини постоје и другачија схватања, према којима ретенција настаје непосредно *ex lege*, у тренутку испуњења последњег из групе законом предвиђених услова *sine qua non* или чак *ipso iure*, а да тек њено вршење подразумева изјаву воље, макар она била у виду конклюдентне радње повериоца.

2. Позитивни (објективни) услови потребни за настанак ретенције

У овом делу рада предмет нашег разматрања ће бити пет претходно наведених позитивних услова за заснивање ретенције у упоредном праву. Предмет компаративне анализе, а потом и наше вредносне оцене биће формулације регулисаних услова у различитим законским решењима; као и доктринарна схватања о одговарајућим квалитетима сваког од предвиђених услова. Притом, најдетаљније ће бити разматрани услови за настанак ретенције у домаћем праву, са циљем формулисања што адекватнијег предлога *de lege ferenda*.

Неопходност постојања одређених услова које потраживање мора да задовољи произилази из више чињеница и то: 1) ретенција представља вид самосталног, неинституционалног остваривања и заштите права мимо суда, те јој прети „опасност од претварања у неправо“,⁶³⁸ тј. у вид „приватне казне“⁶³⁹; 2) она представља грубо задирање у имовинске интересе дужника против његове воље, чиме се повређује начело аутономије воље странака у грађанскоправном односу; 3) њоме се *ex lege* поверилац доводи у супериорнији положај у односу на дужника, чиме се повређује начело координације воља грађанскоправних субјеката; 4) њено дејство условљава „тренутно суспендовање обавезе извршења облигације“,⁶⁴⁰ са последицом једностране модификације облигационог односа; и 5) прописивањем експлицитних квалитета везаних за сваки од потребних услова, законодавац превенира прешироку, неоправдану, нелегитимну употребу ретенције која би се олако могла претворити у супротност свом најширем идејном *ratio legis* – а то је правичност (*aequitas*).

⁶³⁸ Scappel, *op. cit.*, стр. 541.

⁶³⁹ Bianca, *op. cit.*, 1994, стр. 254.

⁶⁴⁰ P., Basso, *op. cit.*, стр. 32.

ОДЕЉАК 2 ПОТРАЖИВАЊЕ КАО УСЛОВ

Општепознато је да није свако потраживање довољан основ за ретенцију, већ оно мора поседовати одређена својства која га чине „прикладним“ за конституисање овог права обезбеђења.⁶⁴¹ Предвиђањем својстава потраживања која га чине подобним за обезбеђење ретенцијом, сви законодавци исказују свој став о неопходности *контролисаног, законом дозвољеног* задирања у права дужника, задржавањем и евентуално намирењем из вредности објекта ретенције. Стога је потраживање – као предмет обезбеђења, први и кључан услов за настанак ретенције, који прописују сви законодавци, укључујући и домаћег.

Све услове у вези са потраживањем, који нужно морају бити кумулативно испуњени у сваком конкретном случају да би настала ретенција, можемо поделити на оне који су: 1) *експлицитно наведени законима* и 2) оне који *законима нису изричито предвиђени*. Ову другу категорију услова, условно речено, можемо поделити на: а) *неспорне* (општеприхваћене у литератури) и б) *спорне*. Прва наведена група позитивних услова се у свим регулативама које на општи начин нормирају ретенцију, изричито садржи у законском одређењу ретенције, те они ни у доктрини нису спорни. У ове услове тако можемо уврстити следеће: *постојање, пуноважност, доспелост и одређеност* потраживања.

Са друге стране, постоји низ својстава потраживања којима правни писци придају различити значај; једни их сматрају неизоставним предусловима за настанак ретенције, а други их потпуно елиминишу. Притом, услов *утуживости* потраживања није дословно садржан у законским текстовима, али доктрина га готово једногласно оцењује као нужан, због чега га можемо сматрати неспорним, доктринарно креираним елементом. У групу тзв. спорних квалитета потраживања, на основу постојећих законских решења, али и прегледа ставова у домаћој и страниј литератури, можемо сврстати следеће: *новчани карактер потраживања; сигурност (извесност) потраживања и ликвидност*. Изложене законске и теоријске разлике у схватању појединих својстава потраживања, као услова за заснивање ретенције, определиће

⁶⁴¹ В., Vizner, *nav. delo*, str. 1140; V., Bilbija, *nav. delo*, str. 92.

редослед нашег даљег излагања ове проблематике, почев од законских одређења, до доктринарних и то од неспорних до спорних.

I Квалитети потраживања нормирани законима различитих држава

Два су елемента изричито предвиђена у свим регулативама, а то су: постојање и доспелост потраживања. Постојање потраживања је базична премиса, јер без потраживања као главног, нема ни ретенције као акцесорног права.⁶⁴² Доспелост потраживања, са друге стране, оправдава ретенцију као вансудско средство заштите права, које пре доспелости, по правилу, није ни угрожено, те нема сврхе ретинирати пре реалне повреде или бар озбиљног угрожавања остварења права. Ова два елемента сматрају се неспорним у законодавствима и у доктрини, али док је прво апсолутно, од другог својства ипак постоји законом предвиђено одступање у одређеним, оправданим случајевима.

1. Постојање потраживања

Кључна функција ретенције, као акцесорног права, јесте обезбеђење потраживања као главног права и то на један од два начина: вршењем притиска на дужника да дуг што пре измири, а потом, евентуално и намирењем из вредности задржане ствари. Дакле, ретенција без (*ненамиреног*) потраживања не постоји и нема никакву сврху; стога, постојање одређеног потраживања представља нужан предуслов њеног настанка.⁶⁴³ Овај услов је садржан у свим регулативама из нашег узорка⁶⁴⁴, било да је у закону ретенција регулисана општом нормом⁶⁴⁵ или казуистички.⁶⁴⁶

⁶⁴² Р., Ковачевић-Куштримовић, М., Лазич, *нав. дело*, стр. 246.

⁶⁴³ Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према ЗОО, *нав. дело*, стр. 21.

⁶⁴⁴ О акцесорности ретенције у словеначком праву видети више код: S., Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih*, II knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1984., str. 1000.

⁶⁴⁵ Услов постојања потраживања, као предмета обезбеђења ретенцијом, садржан је у следећим регулативама општег типа из нашег истраживачког узорка: § 273 ст. 1 НГЗ; § 471 новелираног АГЗ; чл. 895 ШГЗ; чл. 286 ЗОО Републике Србије; чл. 72 ЗООН; чл. 275 ЗООМ; чл. 261 ОЗС; чл. 286 ЗООФБиХ; чл. 293 ЗООЦГ; чл. 2286 ст. 1 ФГЗ, након реформе 2006.

⁶⁴⁶ Строго казуистички метод регулисања ретенције данас је особеност још само италијанског законодавства. Анализом одредаба ИГЗ којима је ретенција призната, закључује се да је нужно постојање пуноважног потраживања као основа ретенције.

Тако се у италијанској доктрини⁶⁴⁷ наводи да код ретенције никада не може бити речи о самосталној институцији, услед „суштинске потребе за повезивањем са кредиторско-дужничком позицијом по другом основу”. Међутим, интересантно је приметити да овај услов већина аутора не издваја као засебан, већ подразумева његово постојање, те аутоматски анализира даља својства обезбеђеног потраживања попут доспелости, утуживости итд. Нама се чини да овај услов мора бити издвојен као почетни,⁶⁴⁸ нарочито имајући у виду чињеницу да начела заложног права (које је ретенцији најсродније), садрже и одступање од начела акцесорности, те изузетно допуштају настанак залогe (као споредног права) и у циљу обезбеђења условног и будућег потраживања. Насупрот томе, код ретенције потраживање нужно мора да постоји у време када се ретенција врши и од овог правила не постоји изузетак. Ако потраживање *настане и опстане* као пуноважно у време заснивања поседа ствари, оно је обезбеђено ретенцијом у погледу главнице дуга и свих споредних давања, уз испуњеност осталих законских услова.

Притом, нама се чине важним још две напомене: 1) мора бити реч о постојању *ретинентовог* пуноважног потраживања, а не туђег, што је по нашем мишљењу, оправдано прецизирање немачке доктрине,⁶⁴⁹ и коначно 2) потраживање мора бити *неизмирено*.

2. Пуноважност потраживања

У делу немачке доктрине се оцењује да је основни предуслов заснивања ретенције: *постојање пуноважног потраживања и то било које врсте*.⁶⁵⁰ Сматрамо да је пуноважност потраживања, баш као и код заложног права, где се овај услов изричито наводи засебни квалитет главног права, које поверилац настоји да обезбеди ретенцијом.

⁶⁴⁷ P., Basso, *op. cit.*, стр. 32.

⁶⁴⁸ Тако и: S., Söergel, *Kommentar zum BGB*, стр. 545; S., Petrić, *O nekim problemima vezanim za potraživanje vjerovnika-retinenta po odredbama Zakona o obveznim odnosima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 3-4/1999, стр. 555.

⁶⁴⁹ Видети више код: Staudinger, Gursky, J., von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB*, II §§ 255-292, 2012, стр. 144-145. Ово питање поменути аутори разматрају нарочито у контексту једног од санаследника и других солидарних поверилаца у улози потенцијалног ретинента. Тако, аутори наводе следећи пример: „Уколико поверилац наслеђа искористи санаследника као солидарног дужника наследноправних обавеза према § 2058, онда овај санаследник према новој јурисдикцији може да истакне право, које солидарно припада наследничкој заједници и то у виду приговора повериоца наследства“. (Коментар уз § 2058 НГЗ, Scheying i Mattern).

⁶⁵⁰ M., Volmer, *op. cit.*, стр. 18-20.

3. Доследост потраживања

Услов доспелости потраживања спада у фундаменталне, свим законима изричито предвиђене⁶⁵¹ и у теорији општеприхваћене претпоставке за настанак ретенције. У делу доктрине се истиче да је тренутак доспелости потраживања, као услов настанка ретенције кључан, будући да пре тог момента дужник није обавезан да подмири свој дуг.⁶⁵² Наступање доспелости потраживања⁶⁵³ означава време стицања права на принудно остварење потраживања путем суда, а сходно томе и права на приватноправну санкцију.⁶⁵⁴ Притом је нужно да је доспелост потраживања наступила пре започињања вршења ретенције, али је ирелевантно да ли је доспелост наступила пре стицања поседа дужникове ствари од стране повериоца.

Схватања доктрине о овом питању нарочито су значајна у оним регулативама у којима не постоји општа законска одредба о условима заснивања ретенције.⁶⁵⁵ У свим осталим регулативама овај услов је недвосмислено садржан у уводним законским одредбама о ретенцији, што га чини базом, али и начелним оправдањем ретенције.

Наиме, функција ретенције као средства самозаштите поставља контуре овог института, редукујући његово дејство на легитимну, али изузетну алтернативу судској заштити права. А будући да је институционализована заштита повређеног грађанског права могућа тек од тренутка његове повреде, тј. од момента неизвршења дугованог у време доспелости потраживања, тренутак доспећа је стога – битан и за ретенцију. У већем је садржано и мање, тако да оно што не може поверилац да исходује редовним путем код суда, а то је утужење пре доспелости потраживања, не може бити реализовано ни посредно, путем ретенције. У противном би ретинирање недоспелих потраживања било супротно суштини овог института, схваћеног као приватног извршења правде. Коначно, осим доктрине и судска пракса се, по правилу, изјашњава у прилог признавања ретенције повериоцу, као средства „превентивног обезбеђења

⁶⁵¹ Услов доспелости потраживања је експлицитно садржан у следећим законским одредбама: § 273 ст. 1 НГЗ; § 471 новелираног АГЗ; чл. 895 ШГЗ; чл. 286 ЗОО Републике Србије; чл. 72 хрватског ЗОО; чл. 275 македонског ЗОО; чл. 261 Облигацијског законика Словеније; чл. 286 ЗОО Федерације БиХ; чл. 293 ЗОО Црне Горе; чл. 2286 ст. 1 ФГЗ, након реформе 2006.

⁶⁵² Ј., Čuveljak, *nav. delo*, стр. 43.

⁶⁵³ Доследост потраживања у домаћем праву је одређена у: чл. 314 ЗОО

⁶⁵⁴ В., Vizner, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, стр. 1140.

⁶⁵⁵ Таква је ситуација у позитивном италијанском грађанском праву. Видети: Р., Basso, *op. cit.*, стр. 32.

доспелих потраживања“⁶⁵⁶, а у циљу „осигурања основног учинка насталог облигационог односа“⁶⁵⁶.

У супротном, омогућавање заснивања ретенције на туђој ствари пре времена доспелости одређеног потраживања, значило би следеће: а) неоправдано фаворизовање интереса повериоца; б) неправично, превелико, правно незасновано задирање у имовинску сферу дужника и то против његове воље; и најважније в) неусклађеност временске димензије система приватне заштите (као изузетка) са системом организоване, судске заштите права (као правила).

Међутим, не бисмо се могли сложити са идејом да је ретинирање дужникове ствари пре доспелости потраживања неправедно у свим случајевима. Посматрано из перспективе функције ретенције као средства кориговања настале несразмере у извршавању узајамних престација, њену корисност у сразмерној заштити угрожених интереса странака препознајемо и у извесним случајевима недоспелих потраживања. Ипак, ови случајеви имају значај изузетка, те их треба уско тумачити, док у свим осталим случајевима, ретенција не може настати пре тренутка када потраживање које претендује на заштиту путем ретенције постане „лативо“⁶⁵⁷.

Преглед домаће судске праксе указује на доследну примену овог законског изузетка,⁶⁵⁸ кроз општеприхваћени критеријум који оправдава ово одступање, оличен правним стандардом „неспособност дужника за плаћање“⁶⁵⁹. У том смислу суд оцењује: „Само поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је све док му не буде плаћено потраживање. У случају да је дужник *постао неспособан за плаћање*, поверилац тада може вршити право задржавања иако његово потраживање није доспело“.

1. *Изузеци од услова доспелости потраживања*. Претходно наведени разлози определили су већину законодаваца да у концепт опште грађанске ретенције укључе и

⁶⁵⁶ Делови пресуде из хрватске судске праксе: „Институт права задржавања је законом предвиђено превентивно средство заштите вјеровничовог потраживања како би се примјеном тог института осигурао основни учинак насталог обвезноправног односа, тј. дужност дужника испунити обавезу савјесно у свему како она гласи...“. „Право задржања је тек изнимно право вјеровника кад за то постоје законом прописане претпоставке и као такво представља одступање од начела забране допуштене самопомоћи...“. „Претпоставке које морају бити испуњене за остваривање права задржања су: 1) постојање доспелог потраживања; 2)...“. „Стога је неоснована туженикова тврдња да је тужитељ задржао предметно возило по рачуну број... од 30. студеног 2002...по којем тужитељево потраживање није било доспјело у тренутку задржања возила.“ Врховни трговачки суд Републике Хрватске, бр. Пж-6824/04 од 4. Рујна 2007.

⁶⁵⁷ Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB*, II §§ 255-292, 2012, стр. 139.

⁶⁵⁸ У домаћем праву нужна ретенција је регулисана у чл. 286 ст. 2 ЗОО

⁶⁵⁹ Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 3087/2007 од 20. 03. 2008. године - Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 2/2008, ParagrafLex).

извесне изузетке, када се ретенција сматра оправданом, упркос недоследности обезбеђеног потраживања. Постоје два таква типична случаја⁶⁶⁰ и то су: 1) *нужна ретенција* и 2) *ретенција савесног држаоца који је изгубио спор по реивиндикационој тужби*.

1.1. Нужна ретенција. Врста ретенције која се у доктрини назива *нужном*,⁶⁶¹ тј. ванредном, начелно се сматра оправданом само у случајевима инсолвентности дужника, када је испуњење потраживања очигледно угрожено и пре његове доспелости.⁶⁶² Кључно питање у вези са *нужном ретенцијом* је питање оправданости законског одступања од важног услова за заснивање ретенције - доспелости потраживања. У доктрини се овај модалитет ретенције, често објашњава као „саморазумљиви“ изузетак,⁶⁶³ јер штити интерес повериоца, који зна или основано претпоставља да му дужник неће исплатити потраживање о доспелости, услед неспособности за плаћање.

На темељу ове идеје, ретенција у нужди је експлицитно нормирана у већини регулатива из нашег узорка,⁶⁶⁴ а није регулисана у: НГЗ; затим у АГЗ; као ни у регулативама романског правног круга. Ипак, за разлику од прве две наведене регулативе, у којима овај модалитет ретенције није дозвољен, у романским правним системима, ову правну празнину попуњава доктрина, признајући *нужну ретенцију*, као оправдани изузетак.

Ово решење НГЗ и АГЗ, по нашој оцени, није адекватно, јер негира ретенцији својство средства обезбеђења потраживања у ситуацији инсолвентности дужника, чиме недовољно уважава имовинске интересе повериоца нетрговца. А интереси повериоца трговца, као и нетрговца су подједнако угрожени због неспособности за плаћање дужника, нарочито у правним системима у којима је и грађанској ретенцији признато овлашћење намирена.⁶⁶⁵ Из тог разлога, по нашем мишљењу, бољи модел представљају

⁶⁶⁰ Више о томе видети код: Oftinger, K., *op. cit.*, стр. 368.

⁶⁶¹ Немачки термин за институт *нужне ретенције* је: *Notzurückbehaltungsrecht*. Видети више код: F., Gschnizer, *op. cit.*, стр. 232.

⁶⁶² С обзиром да су доктринарна питања (*ratio legis* *нужне ретенције*; значење формулације „*дужникова неспособност за плаћање*“; као и питање евентуалних допунских предуслова за њено заснивање), у вези са *нужном ретенцијом* већ била предмет нашег разматрања у одељку рада у ком смо анализирали врсте ретенције, на овом месту ћемо излагање базирати на упоредној анализи појединих позитивних законских решења.

⁶⁶³ Д., Хибер. М., Живковић, *нав. дело*, стр. 162-163.

⁶⁶⁴ Видети: чл. 897 ШГЗ; чл. 286 став 2 српског ЗОО; чл. 72 став 2 Хрватског ЗОО

⁶⁶⁵ Сматрамо да је могући разлог што ретенција у НГЗ и у АГЗ није дозвољена као обезбеђење недоследног потраживања - тај што је она по овом концепту садржински редукована на средство притиска. А ако је дужник инсолвентан, питање је: која је тада сврха задржавања његове ствари само као средства притиска на дужника? Ретенција недоследног потраживања, као додатна мера заштите повериоца

законска решења грађанске ретенције у којима је нужна ретенција експлицитно дозвољена.⁶⁶⁶

Нужна ретенција је изричито регулисана најпре у ШГЗ,⁶⁶⁷ као право повериоца недospelог потраживања да у случају инсолвентности дужника ипак задржи ствар, чиме се недвосмислено, општом нормом, признаје значајан изузетак од доспелости неплаћеног потраживања, као општег услова за настанак ретенције.⁶⁶⁸ По узору на швајцарско решење, у српском праву, као и у правима земаља у нашем окружењу⁶⁶⁹, нужна ретенција је формулисана на следећи начин: «У случају да је дужник *постао* неспособан за плаћање, поверилац може вршити право задржавања, иако његово потраживање није доспело».⁶⁷⁰

С обзиром да су редовна и нужна ретенција у свим наведеним прописима технички садржане у два става истог члана закона, чији је наслов «Вршење ретенције», очигледно је да се две норме налазе у односу правила и изузетка⁶⁷¹. Инсолвентност се у свим законским текстовима третира као ванредна ситуација, када је вршење ретенције тек изузетно дозвољено, а у циљу додатне заштите угрожених интереса повериоца. Ипак, с обзиром да је реч о изузетку, а изузеци се уско тумаче, чини се да садржину овог правног стандарда не би требало тумачењем проширивати, имајући у виду могућност злоупотреба у пракси.⁶⁷² Тако би оправданим случајевима нужне ретенције требало сматрати само ситуације: отварања стечаја, обуставе плаћања и неуспешно

од инсолвентног дужника, има оправдање само ако је ретиненту дозвољено намирење из вредности задржане ствари. Дакле, неиздавање ствари дужнику, као средство притиска да намири дуг, има смисла само ако је дужник солвентан, у противном – не. Ово решење се чини логичним у овим двама регулативама, али би у домаћој – било несврхисходно, јер ретенција у домаћем праву пружа могућност намирења из вредности задржане ствари.

⁶⁶⁶ Значење правног стандарда „неспособност дужника за плаћање“ свакако може и треба да буде различито интерпретирано у доктрини и пракси у поменутим сферама промета и то: уже тумачење за грађанску ретенцију, а шире за трговачку. А с обзиром да је реч о једном *фактичком питању*, а не о формално утврђеној неспособности за плаћање (отварањем поступка принудног поравнања, стечаја и сл.), могуће је циљним тумачењем одредити временско значење овог правног стандарда. Тако и: Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања..., стр. 24. Тако, предлажемо прихватање: 1) *трајније неспособности за плаћање*, као строжег услова за настанак нужне грађанскоправне ретенције и 2) *неспособности за плаћање* (дакле, не нужно трајније), као блажег критеријума, који нам се чини довољним показатељем инсолвентности дужника код трговачке ретенције. Ипак, у швајцарском, као и у домаћем праву, али и у правима земаља из окружења, која следе швајцарски јединствени модел грађанске и трговачке регулативе, ова разлика се не прави.

⁶⁶⁷ Чл. 897 ст. 1 ШГЗ

⁶⁶⁸ Овакав изузетак који се односи на ситуацију „дужникове неспособности за плаћање“ се признаје у још неколико посебних случајева у ШГЗ, и то: у чл. 77, чл. 445, чл. 497, 604; као и у швајцарском Облигационом закону (ШЗО) и то: у чл. 418, 83, 316 и чл. 354 ШЗО. Видети више код: Tuor, Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 1979, стр. 737 и даље.

⁶⁶⁹ Поменути норма је у свим овим законским текстовима готово истоветно стилизована. Упоредити: чл. 72 ст. 2 ЗООХ; чл. 275 ст. 2 ЗООМ; чл. 261 ст. 2 ОЗС; чл. 293 ст. 2 ЗООЦГ; чл. 286 ст. 2 ЗОО ФБиХ.

⁶⁷⁰ Чл. 286 ст. 2 ЗОО РС

⁶⁷¹ Исто решење је садржано и у тексту Нацрта ГЗС. Видети: чл. 477 став 2 Нацрта

⁶⁷² Тако и: Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања..., стр. 24

покушаног принудног извршења над имовином дужника (што је формулација коју садржи домаћи Закон о меници).

Питање оправданости опстанка нужне ретенције у будућем српском праву сматрамо неспорним. Она је сврсисходни изузетак, који притом не угрожава правило, нити негира важност доспелости потраживања, као услова заснивања ретенције уопште. Ипак, питање које остаје отворено је ширина законске формулације којом треба признати овај изузетак. Адекватна мера је, по нашем мишљењу, она којом се сразмерно уважавају угрожени интереси повериоца, а истовремено превенирају потенцијалне злоупотребе у пракси. Правни стандард „*неспособност дужника за плаћање*“ швајцарска доктрина⁶⁷³ тумачи као: свеукупност показатеља лоше имовинске ситуације дужника, који ван сваке сумње указују на неспособност испуњења обавеза. Швајцарски аутори⁶⁷⁴ тако наводе као типичне примере инсолвентности дужника: вишеструке протесте менице дужника; веродостојну изјаву дужника о сопственој неспособности за плаћање и др.

Овакво тумачење сматрамо адекватним и за српско будуће право, јер не инсистира на трајној и нерешивој инсолвентности; битно је само да инсолвентност дужника тренутно постоји. Слично значење квалификације „*неспособност за плаћање*“, као предуслова за заснивање нужне ретенције, садржано је и у два домаћа нацрта. У тексту Нацрта законика о својини и другим стварним правима Србије⁶⁷⁵ вршење ретенције пре доспелости условљено је на следећи начин: „Ако је *очигледно* да дужник *о доспелости неће бити способан за намирење*, задржалац може вршити право задржања и пре доспелости“. Решење Преднацрта ГЗС садржи нешто другачију формулацију: «У случају да је дужник *постао неспособан за плаћање*, поверилац може вршити право задржавања и ако његово потраживање није доспело».

По нашој оцени, оба законска предлога подразумевају постојећу инсолвентност дужника у тренутку вршења ретенције, иако је формулација Нацрта из 2011., донекле спорна, те даје и могућност другачијег тумачења. Наиме, померањем фокуса на претходни тренутак у односу на моменат коначног наступања инсолвентности (сада је очигледно да о доспелости дужник неће бити солвентан), могуће је закључити следеће: да је нужна ретенција дозвољена и у тренутку када је дужник још увек солвентан, али поверилац према неким садашњим показатељима лошијег имовинског стања дужника,

⁶⁷³ Видети: К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 413.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Овај текст представља један од предлога будуће регулативе ретенције у српском праву. Видети: чл. 536 Нацрта из 2006. и чл. 523 Нацрта из 2011.

закључује да ће у будућем тренутку, у моменту доспелости његовог потраживања - дужник постати инсолвентан.

Међутим, овакво тумачење би значило неоправдано проширење законом признатог изузетка од правила (само за доспела потраживања), што није адекватно, јер се према правилу - изузеци уско тумаче. Наиме, тумачење по ком у тренутку настанка нужне ретенције дужник још увек не мора бити инсолвентан, али је *очигледно* да ће то постати у тренутку доспелости потраживања, можда свеобухватније штити недоспела потраживања повериоца, проширењем домаћаја примене ретенције као превентивне гаранције недоспелог потраживања. Међутим, тиме се уједно прелази са терена чињеница на терен «предвиђања» будуће инсолвентности (ако је инсолвентност будућа, онда је само евентуална, претећа). С обзиром на чињеницу да је постојећа инсолвентност дужника – једино оправдање увођења нужне ретенције као изузетка, будућа инсолвентност не може бити довољно оправдање за «превремено» вршење ретенције. У противном, могућност ретинирања због недоспелих потраживања у пракси би била скоро неограничена, а зависила би искључиво од субјективне (и пристрасне) процене повериоца – о дужниковој «претећој» инсолвентности.

Друго могуће, а по нашем мишењу – исправно тумачење наведене одредбе Нацрта је следеће: инсолвентност дужника је већ наступила у моменту вршења ретенције и по томе поверилац закључује да је очигледно да ће дужник остати инсолвентан – у моменту доспелости потраживања, те зато сада и ретинира ствар. Реч је дакле, о постојећој инсолвентности, која се очигледно неће санирати до момента доспелости повериоцевог потраживања.

Због вишесмисленог значења, формулација садржана у овом Нацрту није најбоље решење по правну сигурност, те као јасније оцењујемо решење Преднацрта. С обзиром да је у оба наведена нацрта⁶⁷⁶ предвиђено једнообразно решење за општу и за нужну ретенцију, у обема сферама правног промета, овај правни стандард је могуће тумачити на исти начин и за дужнике трговце и за нетрговце.

1.2. Ретенција савесног држаоца туђе ствари који је изгубио реивиндикациони спор. У питању је особени модалитет овог права, који се по више карактеристика разликује од опште ретенције. О њему је било речи на одговарајућем месту у раду, а подсећања ради, његове кључне особености су: савесност ретинента (као допунски

⁶⁷⁶ Решење Нацрта из 2006. (односно ревидирана верзија из 2011.), као и решење Нацрта ГЗС следе постојећи модел јединственог регулисања грађанске и трговачке редовне и нужне ретенције, оличен решењем ЗОО.

елемент конституисања, у односу на општу ретенцију из ЗОО); материјални конекситет између задржане ствари и насталог потраживања накнаде трошкова или штете коју је ствар проузроковала (што такође није услов према ЗОО); и недоследност обезбеђеног потраживања (наспрот општем правилу).

У свим регулативама из нашег узорка ретенција савесног држаоца је регулисана посебним прописом⁶⁷⁷ или у посебном делу грађанског законика којим су уређени својина и друга стварна права.⁶⁷⁸ Конкретно, отпадање услова доспелости потраживања представља једну од важних специфичности овог типа ретенције, како у домаћем, тако и у упоредном праву⁶⁷⁹. Иако недоследност потраживања није њена једина особеност, свакако је довољна да се ова норма домаћег закона (ЗОСПО)⁶⁸⁰ означи као посебна у односу на општи режим ретенције предвиђен у ЗОО, а њену специфичност доследно уочава и домаћа судска пракса.⁶⁸¹

У том смислу суд оцењује следеће: «Одредба Закона о основама својинско-правних односа о праву савесног држаоца да задржи ствар док му се не накнаде нужни и корисни трошкови одржавања ствари је одредба општег карактера. На облигациони однос успостављен уговором о закупу примењује се оно што су странке својом слободном вољом уредиле у вези са трошковима одржавања ствари за време закупа. Закупац коме је уручен отказ уговора о закупу, након истека отказног рока (и престанка уговора) не може се сматрати савесним држаоцем и не може имати право да задржи ствар».

Особеност овог модалитета ретенције огледа се у следећем: потраживање накнаде трошкова које је савесни држалац имао око ствари *доспева тек у тренутку предаје ствари власнику*, који је претходно добио спор по реивиндикационој тужби⁶⁸². Наиме, према одредбама ЗОСПО⁶⁸³ савесни држалац може да задржи ствар све док му

⁶⁷⁷ У домаћем праву ретенција савесног држаоца је регулисана у чл. 38 Закона о основама својинско-правних односа; у хрватском праву у чл. 164 ст. 2 Закона о власништву и другим стварним правима; у македонском праву у чл. 157 Закона о основним својинскоправним односима; у словеначком праву у чл. 95 ст. 7 Стварноправног законика; у црногорском праву у чл. 118 Закона о основним својинскоправним односима; у праву Републике Српске у чл. 129 ст. 5 Закона о стварним правима.

⁶⁷⁸ У италијанском праву ретенција савесног држаоца регулисана је у чл. 1152 ИГЗ („*ritenzione a favore del possessore di buona fede*”).

⁶⁷⁹ У немачком грађанском праву је ретенција савесног држаоца регулисана у § 1000 НГЗ. У немачкој доктрини се као њен основни атрибут истиче отпадање услова доспелости обезбеђеног потраживања. Више код: J., Wilhelm, Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin, 2007, стр. 522-523.

⁶⁸⁰ Чл. 38 ст. 7 ЗОСПО

⁶⁸¹ Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 3142/2009 (1) од 27. 08. 2009. године, ParagrafLex.

⁶⁸² Тако и: Н., Платојевић, *нав. дело*, стр. 420.

⁶⁸³ Чл. 38 ст. 7 Закона о основама стварноправних односа: „Савестан држалац има *право да задржи ствар* док му се не накнади износ нужних и корисних трошкова које је имао у вези са одржавањем ствари“. Из ове одредбе се применом логичког тумачења *argumentum a contrario* изводи закључак да

власник (који је успео са реивиндикационим захтевом) не надокнади нужне и корисне трошкове које је имао у вези са одржавањем ствари.⁶⁸⁴ Ово потраживање савесног држаоца, према слову закона, застарева за три године *од дана предаје ствари*,⁶⁸⁵ што значи да потраживање накнаде трошкова доспева *тек моментом предаје ствари* власнику, а не пре тога. Са друге стране, моментом предаје ствари престаје државина савесног држаоца; дакле, испуњењем једног услова *sine qua non* (доспелост потраживања), губи се други (фактичка власт на ствари).⁶⁸⁶

Непризнавање ретенције у оваквим условима било би нецелисходно, те законодавац овом посебном нормом, оправдано елиминише услов доспелости потраживања, а у циљу балансирања у равномерној заштити интереса странака и то: повериоца накнаде *недоспелих трошкова* и власника ствари, коме је у интересу да ствар што пре поврати. *Ratio legis* овог законског правила је омогућавање примене ретенције, као законског средства заштите интереса угроженог повериоца у ситуацији у којој потраживање, према природи ствари, не доспева пре поднетог захтева власника за повраћај ствари.⁶⁸⁷

4. Одређеност потраживања

Одређеност потраживања је део начела специјалитета свих права обезбеђења, па и ретенције. Међутим, иако ово начело несумњиво важи и за ретенцију, сматрамо да би у циљу заштите правне сигурности, било корисно будућим решењем изричито увести у законску формулацију и квалитет *довољне одређености* или бар *одредивости* ретенцијом обезбеђеног потраживања. Овакав тренд следи текст Нацрта из 2011., уз

несавесни држалац нема право ретенције. О томе више код: М., Žuvela, *Vlasničkopravni odnosi*, Zagreb, 1996, str. 221- 228.

⁶⁸⁴ Чл. 38 ст. 5 ЗОСПО: “Нужне и корисне трошкове из става 3. и 4. овог члана власник ствари дужан је надокнадити савесном држаоцу у мери у којој ти трошкови нису обухваћени користима које је он добио од ствари.”

⁶⁸⁵ Чл. 38 ст. 8 ЗОСПО

⁶⁸⁶ У италијанском грађанском законодавству савесном држаоцу се признаје право ретенције ствари све до исплате накнаде трошкова на које има право, али само под условом да је исплату ове накнаде затражио у реивиндикационом спору, као и доказао постојање побољшања на ствари и поправке. Чл. 1152 ИГЗ. L. Mezzanote, *Il diritto di ritenzione dall' autotutela alla pena privata*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. Perlingieri, 1995, str. 100; Исто и: Greco, F., *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, Tirino, Utet, 1968, str. 425. Ова ретенција се у италијанској доктрини оцењује као база за „изградњу“ општег појма ретенције у овом правном систему. P., Basso, *op. cit.*, стр. 57 и даље.

⁶⁸⁷ Инсистирање на општем услову доспелости потраживања, у овој ситуацији би значило онемогућавање конституисања ретенције, која очигледно нема само улогу алтернативе процесном средству заштите *претходно повређеног права*, већ и превентивну улогу заштите *евентуално угроженог права*.

прецизирање да потраживање мора бити: „одређено или одредиво“.⁶⁸⁸ Ово сматрамо знатном предношћу Нацрта у односу на решење садржано у Нацрту ГЗС,⁶⁸⁹ којим је дословно преузето постојеће решење ретенције из ЗОО, без прецизирања појединих (обавезних) квалитета потраживања. На тај начин би законом оправдано био издвојен овај неопходни квалитет потраживања, који део доктрине неоправдано поистовећује са неким другим, ширим обележјима потраживања.

Управо чињеница да је одређеност (специјалност) потраживања засебна, а обавезна, законом предвиђена карактеристика потраживања чији титулар претендује на заснивање ретенције, непотребан је услов «сигурности» потраживања, за чије се увођење залаже део доктрине.

II Квалитети потраживања који нису садржани у законима разних држава

1. Квалитети који су неспорни у доктрини

1.1. Утуживост

Утуживост је квалитет обезбеђеног потраживања који се, иако није непосредно садржан готово ни у једном од законских текстова који су предмет наших анализа, у доктрини сматра неспорним.⁶⁹⁰ Од домаћих посебних закона, који у овој материји важе као *lex specialis*, једино је Законом о меници у чл. 87 изричито постављен услов утуживости обезбеђеног потраживања (цивилна обавеза).⁶⁹¹ Поједини аутори спомињу излишност експлицитног навођења овог услова у закону, будући да се „подразумева“,⁶⁹² док су ређи они који утуживост једноставно не помињу у датом чињеничном скупу.⁶⁹³

Приметно је да нарочито у француској и италијанској доктрини изостаје анализа утуживости, за разлику од осталих карактеристика потраживања неопходних за конституисање ретенције, које су истовремено предмет опсежних анализа. Разлог томе може бити слабије дејство ретенције у овим регулативама (искључиво средство

⁶⁸⁸ Чл. 522 Нацрта из 2011. године: “Право задржања је законом одређено право повериоца (задржалац) да дужникову ствар, односно хартију од вредности која је у његовој државини задржи док му се *одређено или одредиво* доспело потраживање не намири, и да, осим ако је ствар непокретна, то потраживање намири из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника“.

⁶⁸⁹ Видети: чл. 477 став 1 Нацрта ГЗС и чл. 286 ЗОО

⁶⁹⁰ Д., Медић, Право обезбеђења потраживања, Бања Лука, 2013, стр. 172.

⁶⁹¹ Закон о меници, Службени лист ФНРЈ, бр. 104/1946, последње измене: Службени лист СЦГ, бр. 1/2003.

⁶⁹² В., Vizner, Komentar zakona o obligacionim odnosima, str. 1141.

⁶⁹³ В., Blagojević, V., Krulj, *nav. delo*, str. 1000.

притиска); а у складу са тим би се можда могло закључити да је овакво, слабије дејство ретенције оправдано чак и код неутуживих потраживања у романским правним системима. Ипак, слажемо се са констатацијом да је природа ретенције, као средства самозаштите, једнака у оба случаја (ретенција као техника притиска и ретенција као средство намирења)⁶⁹⁴, те да својство утуживости потраживања у ова два случаја не треба одмеравати различитим критеријумима. Критеријум треба да буде једнообразан, а то је, по нашем мишљењу следеће питање: да ли је могуће, по речима једног аутора, изворно неутуживо право накнадно „правно излечити“⁶⁹⁵ ретенцијом? Или другачије формулисано: да ли је могуће акцесорном праву дати значајнији ефекат него главном, чијем обезбеђењу служи?

Аргументи у прилог могућности конституисања ретенције и у циљу обезбеђења неутуживих потраживања, по нашем мишљењу, могли би се евентуално наћи само у апстрактној тврдњи да је у сваком случају правично задржати дужникову ствар у ситуацији када он повериоцу истовремено дугује неку чинидбу, па макар била у питању и природна, неутужива обавеза. Дакле, позивање на: правичност (*aequitas*), која је уједно и база института ретенције; или на обавезу савесног и поштеног поступања⁶⁹⁶ (*bona fides praestare*); као и на једнакост странака које се налазе у облигационом односу „*do ut des*“,⁶⁹⁷ могле би се евентуално навести као *ratio* признавања ретенције и код неутуживих облигација. Гледишта појединих страних аутора,⁶⁹⁸ по којима је свака природна облигација подобна за ретенцију, као својеврсну примену приговора *exceptio doli*, усамљена су и припадају историји, те су данас, по нашем мишљењу, неприхватљива. Сматрамо да су аргументи у прилог става о немогућности ретинирања у циљу обезбеђења природних потраживања убедљивији, те не чуди што је услов утуживости⁶⁹⁹ потраживања општеприхваћен у савременој доктрини.

Оно што је у доктрини ипак спорно, те оставља простора за разматрање, јесте питање: која су све потраживања неутужива. Правни писци немају јединствен став о врстама неутуживих потраживања, као неадекватним за обезбеђење ретенцијом. Тако, поједини аутори као неутужива, наводе: 1) природна (*obligatio naturalis*), али и 2) застарела потраживања. Међутим, чињеница је да се ове две категорије потраживања у

⁶⁹⁴ S., Petrić, Institut prava retencije..., str. 180.

⁶⁹⁵ Söergel, Kommentar zum BGB, стр. 544.

⁶⁹⁶ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 181. У прилог свом ставу ауторка наводи још и маргинални значај природних облигација у правном поретку, наспрам преваге опстанка концепта природних облигација као неутуживих.

⁶⁹⁷ R., Lorenc, *Pravo zadržanja, nav. delo*, стр. 47.

⁶⁹⁸ L., Guilloard, *op. cit.*, р. 341; M., Volmer, *op. cit.*, стр. 20.

⁶⁹⁹ Утуживост потраживања иначе означава могућност принудног остварења доспелог, ненамиреног потраживања од стране повериоца, путем суда.

значајним елементима разликују, због чега другу наведену врсту не можемо сврстати у категорију неутуживих,⁷⁰⁰ што је став који има основ у ЗОО⁷⁰¹.

Наиме, разлика између натуралних потраживања (уговор о коцки, опклади, усмено обећање поклона и сл.) и застарелих је у томе што прва нису снабдевена захтевом (тужбом у материјалном смислу) *ab initio*, од момента свог настанка, насупрот застарелим, која тек од момента истека законом предвиђеног рока застарелости, губе (накнадно) могућност принудне реализације и то условно, тек у случају пропуштања дужника да уложи приговор застарелости пред судом.

Чињеница да у доктрини не постоји јединствен став о подобности оваквих потраживања за обезбеђење путем ретенције, разлог је што ћемо на овом месту ближе анализирати ове две категорије (различитих) потраживања, у циљу утврђивања да ли и зашто могу бити предмет ретенције.

1. *Натурална потраживања као потенцијални предмет ретенције.* Према општеприхваћеном схватању доктрине, *натурална потраживања*⁷⁰² су неадекватна за обезбеђење ретенцијом.⁷⁰³ Логика овог става је следећа: ако ова потраживања није могуће принудно реализовати редовним путем – утужењем, утолико је мање оправдано омогућити им заштиту посредно, дозвољавањем вршења ретенције. У супротном, ако бисмо прихватили натурално потраживање као основ ретенције, она би представљала „дивилни ефекат природне обавезе“⁷⁰⁴, што је недопустиво. Правнотеоријски је оправдано захтевати јачи основ за ретенцију од природне обавезе, која се у немачкој доктрини назива: неизнудљивом, тј. непотпуном.⁷⁰⁵ Овај став је доминантан како у домаћој, тако и у страниј доктрини и то не само у материји грађанског, већ и трговачког права.⁷⁰⁶

2. *Застарела потраживања као потенцијални предмет ретенције.* Застарела потраживања доктрина такође сврстава у категорију неутуживих, али код њих ипак

⁷⁰⁰ Ипак, у доктрини постоје и другачија мишљења, по којима су застарела потраживања само подвјерта натуралних. Cf. S., Petrić, *nav. дело*, стр. 181.

⁷⁰¹ Видети: чл. 360 ЗОО

⁷⁰² Натурална (природна) потраживања су подобна само за добровољно, не и принудно остварење. У случају добровољног испуњења не сматра се да је плаћено недуговано. Тако и: Р., Лоренц, *Право задржања*, стр. 46; О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 262; Ј., Гуцуња, *Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима*, стр. 22-23; В., Билбија, *нав. дело*, стр. 93; *Pravna enciklopedija, Savremena administracija*, Beograd, 1979, стр. 454; I., Babić, *Leksikon obligacionog prava*, стр. 281; Z., Stipković, *Pravo retencije i neki slični instituti*, стр. 288.

⁷⁰³ „Нема права ретенције за природне обавезе“ G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, стр. 18.

⁷⁰⁴ Baudry, Lacantinerie, G., *Trait théorique et pratique de droit civil*, tom XXV, Paris, 1926, стр. 25.

⁷⁰⁵ A., Frey, *op. cit.*, стр. 17; Staub's *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1921, XI izdanje, II-1, стр. 465.

⁷⁰⁶ Д., Медић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 172; Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 420.

постоји могућност ретинирања под одређеним условима⁷⁰⁷. За разлику од природних потраживања, око чије неподобности за ретенцију се сви правни писци слажу, око застарелих потраживања ипак постоје размимоилажења. Тако је могуће издвојити три групе ставова у доктрини: 1) оне према којима ретенција ни у ком случају не може да се врши зарад обезбеђења застарелих потраживања, као неутуживих;⁷⁰⁸ 2) оне по којима о овом питању треба одлучивати од случаја до случаја;⁷⁰⁹ и 3) оне који праве разлику с обзиром на временски тренутак заснивања државине ствари, као објекта ретенције: пре или након истека рока застарелости потраживања.⁷¹⁰ Други наведени став је апсолутно усамљен у доктрини, те му нећемо посвећивати више пажње, нарочито имајући у виду његов негативан утицај на правну сигурност. Предмет нашег даљег разматрања ће стога бити само први и трећи став.

Први став је мање заступљен, што не чуди, нарочито имајући у виду аргументацију поменутих аутора: да заложна права не престају застарелошћу потраживања будући да су у питању „самостална права на намирење, за разлику од ретенције“.⁷¹¹ Са оваквом тврдњом се не можемо сложити из више разлога: а) ретенција и заложно право имају исту улогу – обезбеђење потраживања; б) у већинском моделу регулатива заједничко им је и овлашћење намирења и најважније в) оба права обезбеђења су строго акцесорног карактера, дакле настају и опстају искључиво у циљу обезбеђења главног права.

Други, донекле адекватнији аргумент у прилог претходно изнетој тврдњи је разлика у правном основу настанка залог и ретенције, а то је уговор (сагласност воља), односно закон (*ex lege*).⁷¹² Претходно изнето резонување у доктрини ипак није шире прихваћено, а нарочито је неадекватно у оним регулативама које непосредно

⁷⁰⁷ Схватање да су застарела потраживања особена категорија неутуживих потраживања није општеприхваћено. Поједини аутори застарела потраживања оцењују као подврсту натуралних, са чиме се не можемо сложити. *Cf.* Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, odrednica: R., Lorenc, *op. cit.*, str. 1274.

⁷⁰⁸ Став да застарело потраживање ни у ком случају не може бити обезбеђено ретенцијом заступају аутори: В., Vizner, *Komentar zakona...*, str. 1141; Ј., Čuveljak, *nav. delo*, str. 43; М., Vedriš, P., Klarić, *nav. delo*, str. 418. У страниј доктрини: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2002., стр. 340; Wieland, C., *Das Sachenrecht*, стр. 462.

⁷⁰⁹ Ennescerus, Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1950, стр. 105.

⁷¹⁰ Став да и застарело потраживање може бити обезбеђено ретенцијом (ако застарелост наступи након заснивања ретенције на ствари) заступају: О., Станковић, М., Орлић, *Стварно право*, Београд, 1996, стр. 262; С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 66; Д., Стојановић, О., Антић, *нав. дело*, стр. 261. У страниј доктрини: К., Oftinger, *Das Fahrmispfand*, р. 368; S., Cigoj, *Obligacije*, Ljubljana, 1976, стр. 1025.

⁷¹¹ О., Palandt, *op. cit.*, стр. 340.

⁷¹² Тако се истиче да накнадно давање залог има правни значај трајног признања дуга, што узрокује прекид застарелости, за разлику од ретенције, где признање дуга изостаје, па тиме и утицај на ток рока застарелости. Mazeaud, H., Mazeaud, J., *Leçons de droit civil*, Tome troisième, Premier volume: Sûretés – Publicité foncière, Ed. Montchrestien, Paris, 1968, стр. 113.

предвиђају аналогну примену одредаба о намирењу код залоге на ретенцију, као што је домаћа.

Већинско и сматрамо адекватније виђење ове проблематике је треће наведено, с обзиром да је могуће да је поверилац ушао у посед дужникове ствари пре истека рока застарелости потраживања. То значи да је ретенција ваљано заснована и да има улогу алтернативног средства заштите права: самозаштите уместо редовне, судске заштите. У случају када након настанка ретенције истекне законски рок застарелости⁷¹³, ситуација је идентична са случајем заснивања ручне залоге пре истека рока застарелости потраживања. У оба случаја поверилац држи дужникову ствар, те има реалну гаранцију „у рукама“.⁷¹⁴ А с обзиром да домаћи законодавац, као и већина страних, за поједине сегменте ретенције који нису законом изричито регулисани, попут намирења упућује на аналогну примену одредаба закона о залози, примена овог изузетка и код застарелости потраживања обезбеђеног ретенцијом, чини нам се неспорном.⁷¹⁵ Тако, застарелост потраживања можемо окарактерисати као *неправо одступање од начела акцесорности* и код ретенције, баш као и код ручне залоге.

Ово је уједно став који поткрепљује и судска пракса земаља у нашем окружењу.⁷¹⁶ У том смислу Врховни суд Хрватске оцењује: „Sudovi odbijaju pravo tuženice na pridržaj stvari, koju drži u posjedu kao poštena posjednica, dok joj vlasnik ne naknadi iznos nužnih i korisnih troškova, kako propisuje odredba čl. 164 st. 2 ZVDSР, gubeći pri tome iz vida da pravo retencije sadržajno obuhvaća dva prava: pravo zadržanja tuđe stvari i pravo namirenja iz te iste stvari. Osim toga, prema odredbi čl. 289 ZOO *vjerovnik se može naplatiti iz vrijednosti zadržane stvari kao i založni vjerovnik, a kako založni vjerovnik može namiriti svoje potraživanje i kada je ono zastarjelo, neosnovano je stajalište sudova da je u pogledu prizemlja pravo namirenja tužene zastarjelo.*“

Коначно, чини се да је у овом смислу могуће и прецизирање става о ретенцији поводом застарелог потраживања, који смо претходно изнели. Наиме, могући правац размишљања је и овај: застарело потраживање је по ЗОО и постојеће и утуживо. Ако

⁷¹³ Насупрот томе, у ситуацији када је дужникова ствар доспела у посед повериоца тек по истеку рока застарелости потраживања, поверилац такву ствар не може задржати, нити се намирити из вредности остварене њеном продајом. Овакво решење је логична последица аналогне примене законских одредаба о ручној залози на ретенцију. Видети: чл. 289 и чл. 368 ст. 1 ЗОО.

⁷¹⁴ Тако и: Б., Лоза, Облигационо право, Опћи дио, Посебни дио, Сарајево, 2000, стр. 185; Д., Стојановић, О., Антић, *нав. дело*, стр. 261.

⁷¹⁵ Стицање ретенције на дужниковој ствари пре застарелости, у домаћем праву подразумева аналогну примену одредба ЗОО о намирењу ретинента из вредности задржане ствари, као залогопримца. Тиме је омогућено намирење ретинента из вредности ретиниране ствари, уз једно ограничење: до износа главнице потраживања, без камате и трошкова. Тако и: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 162.

⁷¹⁶ Deo sentence sudske odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev 479/04 od 27. travnja 2005.

утуживост означимо као услов ретенције, онда је ретенција могућа. Својство «природне облигације» застарело потраживање стиче тек истицањем приговора застарелости. Тог тренутка застарело потраживање постаје натурално, јер је приговор трајан (перемпторан), од ког момента ни ретенција више није могућа, јер је потраживање постало неутуживо. Стога је могуће закључити да нема јединственог одговора на постављено питање, тј. да све зависи од конкретне ситуације и понашања дужника.

2. Квалитети потраживања који су спорни у доктрини

Другу групу својстава која потраживање обезбеђено ретенцијом треба да поседује, део доктрине сврстава под збирни назив: „остале претпоставке везане за потраживање”⁷¹⁷, најчешће обухватајући њима: *извесност (сигурност), ликвидност и новчани карактер* потраживања. Осим ових, највише анализираних, у делу доктрине се помињу и неки додатни квалитети, које ретенцијом обезбеђено потраживање, по мишљењу ових аутора, мора да задовољи, попут услова: *краткотрајности обавезе*⁷¹⁸ која је предмет потраживања и др.

Стога сматрамо важном анализу сваког од у доктрини предлаганих квалитета потраживања, у циљу изналажења оптималне мере у сразмерној заштити сукобљених интереса ретинента и противника ретенције. Додавање предложених чињеница, као услова *sine qua non*, у законом предвиђени чињенични скуп значило би отежавање заснивања ретенције у пракси, али уједно и смањење потенцијалних злоупотреба. Због тога је целисходно размотрити сваки од предложених квалитета потраживања засебно, у циљу процене потребе за њиховим увођењем у регулативу ретенције *de lege ferenda*.

2.1. Извесност (сигурност) потраживања

О овом квалитету обезбеђеног потраживања нарочито се расправљало у француској доктрини⁷¹⁹. Казуистички модел регулативе ретенције, који је француском

⁷¹⁷ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 191-194.

⁷¹⁸ С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 65.

⁷¹⁹ Видети више код: X., Hengy, *et alia*, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010, стр. 17; Mazeaud, H., Mazeaud, J., *op. cit.*, стр. 112; Derrida, Encyclopédie Dalloz, стр. 704; Scapel, *op. cit.*, стр. 539. Сигурност (извесност) потраживања као услов настанка ретенције је садржан и у француском правном речнику доступном на интернет адреси: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>. У библиографији аутор Serge Braudo упућује на оваква одређења и код следећих француских аутора: Al Chiekh Radhi (Y.), *Le Droit de rétention d'après les législations française et suisse.*, Lausanne, Impr. G. Conne, 1957; Antonmattei

праву био својствен све до законске реформе 2006., није нудио поуздано мерило судовима у циљу постизања правне сигурности. Француски правни писци, као један од примера непуноважне ретенције из судске праксе, наводе случај када је банка ретинирала остатак текућег рачуна предузећа (код правне исправке) и то као гаранцију *неизвесних* потраживања, која могу резултирати из контра-књижења.⁷²⁰ С временом је француска судска пракса изградила недвосмислен став према овом питању, те се у тамошњој литератури наилази на примере пресуда у којима се ретенција у случају било ког неизвесног потраживања квалификује као: „злоупотреба поверења друге стране“.⁷²¹ У литератури се као илустрација оваквог става наводи пресуда кривичног одељења Касационог суда Француске, којом је ретинент проглашен кривим због задржавања дужникове ствари у ситуацији „неизвесног потраживања“.

Ипак, постоје врло различите оцене важности овог својства обезбеђеног потраживања, али и суштински неусклађене интерпретације значења овог услова. Тако се у делу француске доктрине истиче следеће значење појма *сигурност потраживања*: «непостојање спора странака о висини потраживања, о врсти, природи и уопште постојању потраживања».⁷²² Нама се чини да овакво одређење обухвата неколико различитих квалитета потраживања и то: 1) *постојање* неизмиреног потраживања, као нужни предуслов настанка сваког акцесорног права, дакле и ретенције (који је притом, неспоран – јер је изричито предвиђен законом); затим, 2) *пуноважност* потраживања (такође законом одређен квалитет потраживања); 3) *неспорност* потраживања, која се у доктрини означава као ликвидност; и 4) *одређеност* потраживања и то у погледу врсте, основа и *висине* потраживања (што је засебно својство потраживања, у оквиру начела специјалитета). Извесност, тј. сигурност потраживања, дакле, означава све претходне, а различите особине, те се зато и сматра спорним квалитетом потраживања, јер се подудару са неким другим својствима потраживања.

(P.-H.), Droit civil - contrats spéciaux, Paris, Litec, 1997; Bénabent (A.), Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 4e éd., Paris, éd. Montchrestien, 1999; Carbonnier (J.), Droit civil. t. 4, Les obligations. PUF, 22e éd., 2000; Delpech (X.), Opposabilité du droit de rétention au sous-acquéreur de bonne foi, Recueil Dalloz n°34, 8 octobre 2009, Actualité jurisprudentielle, pp. 2275-2276, note à propos de 1ère Civ. 24 septembre 2009; Le Corre (P.-M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Dalloz n° 34, 4 octobre 2001, Chroniques, p. 2815-2816; Malaurie (Ph.), Cours de droit civil. Tome VIII, Les Contrats spéciaux, civils et commerciaux, vente, mandat, bail, contrat d'entreprise, échange, location-vente, crédit-bail, contrats de distribution, dépôt, prêts, jeu et pari, rente viagère, transaction, clause compromissoire, compromis, Cujas 1995; Pret (C.-A.), Le Droit de rétention dans les législations anciennes et modernes française et étrangères, Paris, éd. Ernest Thorin, 1880.

⁷²⁰ Видети: X., Henry, *et alia*, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010, стр. 17.

⁷²¹ Видети: G., Marty, P., Raynaud, Droit civil, Tome III, Les sûretés la publicité foncière, Paris, 1971., стр. 12.

⁷²² Mazeaud, H., Mazeaud, J., *op. cit.*, стр. 112.

Заговорници идеје увођења овог услова истичу да је важност овог питања у чињеници да је ретенција врло ефективно средство самозаштите, које се заснива и врши против воље дужника, те би недовољно оправдана употреба овог средства обезбеђења била непропорционална стању угрожености неког: спорног, неодређеног и «неозбиљног» потраживања.⁷²³ Ако потраживање није „сигурно“, употреба ретенције је произвољна, што је недопустиво, а њен крајњи ефекат је повреда начела савесности и поштења, што је супротно суштини института.⁷²⁴

Ипак, доминантно опредељење домаће доктрине је ненавођење овог квалитета потраживања, што сматрамо оправданим.⁷²⁵ С обзиром да је питање постојања и пуноважности потраживања претходно у раду оцењено као услов *sine qua non* ретенције; њему по нашем мишљењу није место у склопу питања сигурности потраживања. Даље, неспорност потраживања између странака је обухваћена својством ликвидности. Коначно, питање *одређености потраживања* је такође засебан квалитет, који се и код заложног права означава као једно од четири основна заложноправна начела и то као: начело специјалитета, које важи у два смера (одређеност потраживања и одређеност заложене ствари). А будући да је ретенција реално право обезбеђења које је функционално најсличније са заложним правом, логично је што за њих важе нека заједничка начела. Због свега претходно наведеног, сматрамо да услов сигурности, тј. извесности потраживања није неопходно издвајати као особен квалитет, будући да су њиме обухваћена друга, већ издвојена својства, те би његово увођење значило непотребно дуплирање потребних особина потраживања.

Са друге стране, интересантно је поменути и један атипичан став којим се потпуно негира потреба за условом извесности потраживања (са свим елементима, које он по различитим схватањима обухвата). Наиме, у делу немачке доктрине⁷²⁶ постоји схватање да чак и тзв. „чинидбе произвољног садржаја“ могу бити предмет, али и повод ретенције,⁷²⁷ чиме се додатно релативизује ова проблематика. Поменути аутори оцењују као кључну, чињеницу да постоји фактичка диспозиција странака која

⁷²³ С., Scapel, *op. cit.*, стр. 550.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ Теоријски посматрано, овакав приступ сматрамо адекватним, будући да је институт ретенције поникао из правичности, а правично је задржати дужникову ствар и у ситуацији када висина, па чак и врста и природа потраживања нису несумњиво процесно утврђене; јер задатак странака и није да се баве егзактним цифрама, које ће ионако накнадно утврђивати суд, већ само да издејствују чинидбу фактичким задржавањем дугованог. Стога сматрамо довољном чињеницу постојања пуноважног потраживања, као правног, моралног и коначно, економског оправдања ретинирања дужникове ствари.

⁷²⁶ Овакав став у старијој немачкој доктрини заступали су: Breuer i Langfeld. Видети: Breuer, A., *Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Bonn, 1904, стр. 15-19.

⁷²⁷ *Ibid.*

искључује дејство трећих лица, те да је довољно постојање дуговане чинидбе – као оправдање ретинирања, ма какве садржане та чинидба била. Чини се да је оваква тврдња последица специфичне концепције немачке грађанске ретенције, по којој чинидбе могу бити предмет права задржавања, а представља радикално извођење тезе о излишности услова сигурности обезбеђеног потраживања.

2.2. Новчани карактер потраживања

Компаративном анализом може се утврдити да ниједном позитивном регулативом није експлицитно предвиђен новчани карактер потраживања, као предуслов заснивања ретенције.⁷²⁸ Притом све анализирани регулативе можемо поделити на два подтипа: 1) оне које ни на који начин не спомињу новчани карактер потраживања као предуслов вршења ретенције, као ни «исплату» потраживања повериоцу⁷²⁹; и 2) оне које користе термин исплата, што може асоцирати на новчано потраживање, као једину врсту потраживања за која се може вршити ретенција.⁷³⁰ У првој подгрупи решења, ово питање није спорно – не постоји разлог за искључење неновчаних потраживања као предмета обезбеђења ретенцијом.

Међутим, у другој подгрупи регулатива могућа су два (супротна) закључка и то да: а) потраживање не мора бити новчано, већ било које врсте, јер би законодавац у противном, овај квалитет издвојио као нужан, као што је то учињено са обавезним својством доспелости потраживања; или да 2) законодавац овај услов није експлицитно навео, али се новчани карактер потраживања подразумева, јер користи термин исплата.⁷³¹

Прегледом ставова у доктрини, могуће је издвојити и треће (међу) схватање, које прави разлику с обзиром на фазу реализације ретенције. Наиме, у првој фази вршења притиска на дужника, потраживање не мора имати нужно новчани карактер, али у

⁷²⁸ Чл. 2286 ФГЗ. Набрајајући услове за пуноважно вршење ретенције, француски законодавац у првом ставу овог члана означава овлашћеног ретинента као: лице коме је ствар предата и који је може задржавати до *плаћања* његовог потраживања (*paiement*).

⁷²⁹ Видети: чл. 371 ст. 1 АГЗ; § 273 НГЗ; чл. 895 ШГЗ. Последично и ставови доктрине у овим регулативама не захтевају новчани карактер обезбеђеног потраживања, већ говоре о *намирењу* истог.

⁷³⁰ Формулација домаћег права, чл. 286 ЗОО је следећа: „Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је док му не буде *исплаћено* потраживање“. Видети и: чл. 72 ст. 1 ЗОО Хрватске; чл. 293 ст. 1 ЗОО Црне Горе; чл. 261 ст. 1 Облигацијског законика Словеније; чл. 275 ст. 1 ЗОО Македоније; чл. 286 ст. 1 ЗОО Републике Српске.

⁷³¹ Паралеле ради, ни у регулативама англосаксонског правног подручја се експлицитно не наглашава овај услов, али се у тамошњој доктрини новчани карактер обезбеђеног потраживања сматра важном претпоставком конституисања *possessory lien-a*. Видети: Hall, *op. cit.*

другој, супсидијарној - фази намирења, потраживање мора бити новчано, услед законског упућивања на решења о праву намирењу заложног повериоца из остварене продајне цене, дакле новчаном исплатом. Тако, део домаће доктрине закључује да ово важи и за облигације које испрва нису имале новчани карактер, али јесу касније добиле свој новчани еквивалент.⁷³²

Међутим, будући да у домаћем праву та друга фаза, тј. намирење често и изостане, можемо закључити да је применљиво шире тумачење, а то је: пуноважност ретенције и поводом неновчаних потраживања.⁷³³ Дакле, овај квалитет потраживања не утиче на могућност заснивања ретенције, те по нашем мишљењу није један од предуслова њеног настанка.

Циљним тумачењем института долази се до претходно наведеног закључка, али је чињеница да је постојећом законском формулацијом ипак остављена могућност и за уже тумачење, што и јесте доминантно схватање домаће доктрине, које ћемо укратко изложити. Наиме, закључак ове, друге групе аутора⁷³⁴ је да је новчани карактер потраживања неопходан прерогатив настанка ретенције и то на основу две чињенице: 1) језичког тумачења појединих делова законске одредбе⁷³⁵; и 2) природе обезбеђених потраживања у посебним прописима, који предвиђају ретенцију.⁷³⁶ Притом, не само

⁷³² Као пример се наводи случај када је дужник био обавезан да повериоцу сашије одело (дужник неновчане чинидбе), али пошто је запао у доцњу, наручилац је одело купио, а за повраћај цене и накнаду штете дужнику задржао је ствар која је до тада била код њега у закупу. Видети: С., Пауновић, Право задржавања (ретенције), стр. 65. Тако и: С., Перовић, Коментар закона о облигационим односима, стр. 670; Д., Хибер, М., Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања, стр. 162.

⁷³³ Правна енциклопедија 1, Савремена администрација, Београд, 1985, стр. 527. Тако и: Н., Планојевић, Стварно право у пракси, стр. 420. "Потраживање *може, али не мора бити новчано*". Видети: чл. 895 ШГЗ; и чл. 396 и 370 НТЗ.

⁷³⁴ Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 25; Благојевић, В., Krulj, V., *nav. delo*, str. 1000; В., Билбија, *nav. дело*, стр. 92; Од страних аутора овакво схватање заступају: G. Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, p. 18; Vedriš, M., Klarić, P., *nav. delo*, str. 418; Ј., Čuveljak, *Pravo zadržanja, nav. delo*, str. 11; I., Kaladić, *Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora, Pravo i porezi br 8/2000*, str. 24.

⁷³⁵ Поверилац има право задржавања док му не буде *«исплаћено потраживање»*; затим *«наплата из вредности задржане ствари»*, као и *«неспособност дужника за плаћање»*, као предуслов вршења нужне ретенције (пре доспелости потраживања). Видети: чл. 286 ст. 1 и 2 и чл. 289 ЗОО Србије. Задржавајући се на нивоу језичког тумачења, закључује се да је законодавац предвидео ретенцију као ексклузивно право обезбеђења за повериоце новчаних потраживања. Слична ситуација је и у француској доктрини која ретенцију чак означава као „особену гаранцију плаћања“, чиме се недвосмислено указује на нужно новчани карактер ретенцијом обезбеђеног потраживања. N., Catala-Franjou, *De la nature juridique du droit de rétention, Revue trimestrielle de droit civil*, 1967, стр. 11.

⁷³⁶ Овај аргумент не сматрамо адекватним, јер је реч о посебним прописима у односу на опште, те њима није постављено правило, већ изузетак (по правилу је реч о ретенцији савесног држаоца ствари који има право на *накнаду* због трошкова око ствари или учињених побољшања на њој, а ова накнада је увек новчаног карактера).

доктрина, већ и судска пракса⁷³⁷ у неким државама често изражава колебања између обавезе придржавања стриктног значења норме и екстензивног тумачења.

На основу свега претходно наведеног, можемо закључити да ретенција може настати за било које потраживање. Притом, начин реализације намирења из задржане ствари представља засебно питање, које није релевантно за питање услова заснивања ретенције. Коначно, ретенција представља право које је слично залози, а за сва нерегулисана питања у вези са намирењем ретинента примењују се одредбе о залози. Будући да одредбе о залози не садрже овакво ограничење (не захтева се новчани карактер обезбеђеног потраживања) сматрамо да га ни за ретенцију не треба уводити.

Досадашње језичко сужавање квалитета потраживања подобног да буде обезбеђено ретенцијом у страног доктрини се већински оцењује као непотребно и супротно циљу института, а без оправданог разлога. Наведену аргументацију бисмо употпунили разлогом неприхватљиве дискриминације, тј. безразложним довођењем поверилаца појединих потраживања у неједнак правни положај.⁷³⁸ У оба случаја сврха задржавања дужникове ствари је иста: притисак на дужника да испуни дуговано, без обзира на квалитет и врсту дуговане чинидбе, било да је у питање плаћање или неко друго чињење (или нечињење).

На основу свега претходно реченог, тренутну законску формулацију можемо оценити као неадекватну и да у будућем праву Србије треба прецизнијом и адекватнијом формулацијом одредити овај квалитет потраживања на следећи начин: предвиђањем права ретенције повериоцу *ненамиреног* (а не неисплаћеног потраживања), по узору на швајцарско решење. Ово је уједно већ учињено у изменама појединих регулатива у нашем окружењу,⁷³⁹ попут хрватске, у којој је ранији законски термин: „исплаћена тражбина“⁷⁴⁰, замењен адекватнијим: „испуњена тражбина“.

Што се тиче постојећих нацрта законских текстова, који представљају предлоге регулативе ретенције у будућем српском праву, решења су различита. Концепцију

⁷³⁷ У једној пресуди из хрватске судске праксе, између осталог се наводи међу осталим условима потребним за настанак пуноважне ретенције и следећи: „...4) вјеровничко потраживање у начелу мора бити новчано.“ *Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, br. Pž-6824/04 od 4. rujna 2007.*

⁷³⁸ Наиме, зашто би повериоца новчаног потраживања (*dare*) требало фаворизовати, тј. наградити ретенцијом и довести у привилегован положај у односу на повериоца неновчаног потраживања (*facere, non facere*), при једнаким осталим условима?

⁷³⁹ Видети: чл. 72 став 1 Закона о обвезним односима Хрватске, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15: „Vjerovnik dospjele tražbine u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude *ispunjena tražbina*“.

⁷⁴⁰ Cf. Чл. 286 ранијег хрватског Закона о обвезним односима: „Vjerovnik dospjelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude *isplaćeno potraživanje*.“

Преднацрта⁷⁴¹, ипак оцењујемо као мање адекватну у односу на решење Нацрта из 2011.⁷⁴² Овим другим текстом је усвојен шири термин: *намирење*, уместо ранијег «исплата потраживања», чиме је по нашем мишљењу, доследније изведен заједнички *ratio* ретенције свих пуноважних, доспелих, а угрожених потраживања – била она иницијално новчана или не.

2.3. Ликвидност потраживања

Ликвидност потраживања се у литератури дефинише као постојање пуноважне и доспеле тражбине која је у у одговарајућој мери *доказана* и да је у том смислу повериочев захтев основан.⁷⁴³ Другачије се такво потраживање назива и правим, истинитим, чистим, јасним и неспорним.⁷⁴⁴ Ставови доктрине о овом питању, у контексту конституисања ретенције, варијају од: 1) апсолутног одбацивања овог услова;⁷⁴⁵ преко 2) делимичног признавања, код судске ретенције, до 3) инсистирања на испуњењу овог услова у сваком поједином случају вршења ретенције, било које врсте. Стога ћемо на овом месту анализирати ове различите ставове, у циљу њихове вредносне оцене.

1. У домаћој доктрини,⁷⁴⁶ као и у претежном делу стране, ликвидност, као потенцијални атрибут обезбеђеног потраживања, готово се једногласно одбацује. Аргументи заговорника овог става су да законодавац и не мора експлицитно да уреди ово питање, када оно произлази из «саме природе, циља и правног учинка права задржавања»,⁷⁴⁷ а то је «привремено осигурање повериочевог потраживања, а не трајно и дефинитивно ликвидирање узајамно постојећих потраживања». До дужниковог

⁷⁴¹ Чл. 477 став 1 Нацрта ГЗС

⁷⁴² Чл. 522 став 1 Нацрта: „Право задржања је законом одређено право повериоца (задржалац) да дужникову ствар, односно хартију од вредности која је у његовој државини задржи док му се одређено или одредиво доспело потраживање не *намири*, и да, осим ако је ствар непокретна, то потраживање *намири* из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника“. Иста формулација је предвиђена и ранијим Нацртом исте радне групе из 2006. године. (чл. 535). Видети: Ка новом стварном праву Србије, Нацрт законика о својини и другим стварним правима, Београд, 2007, стр. 101.

⁷⁴³ Правна енциклопедија 1, Београд, Савремена администрација, 1985, стр. 733.

⁷⁴⁴ § 1438 ОАГЗ; § 904 СГЗ; чл. 949 ОИЗ

⁷⁴⁵ I., Babić, Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija, Sarajevo, 1985., str. 263; B., Vizner, Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, *nav. дело*, str. 1140.

⁷⁴⁶ И., Бабић, Уговор о угоститељској остави, стр. 263; И., Бабић, Лексикон облигационог права, стр. 281; Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 50.

⁷⁴⁷ Б., Визнер, *нав. дело*, стр. 1140.

испуњења дуга, накнадно ће се доказати и прецизно утврдити износ повериочевог потраживања, што потврђују и ставови изнети у италијанској доктрини.⁷⁴⁸

2. Има аутора који праве разлику с обзиром на начин реализације ретенције: докле год се врши вансудски, износ обезбеђеног потраживања може бити споран међу странкама; али када суд утврди тачан износ потраживања и својом одлуком призна право ретенције, настаје вршење судске ретенције, када потраживање мора бити ликвидно.⁷⁴⁹ Овакво виђење као базу има различито вредновање домашаја судске и вансудске ретенције.⁷⁵⁰

3. На супротном полу су ставови претежно француске доктрине, у којој се при набрајању услова који се тичу обезбеђеног потраживања, обавезно истиче и ликвидност. Разлози који се наводе у прилог оваквој тврдњи су следећи: а) с обзиром да је ретенција сурогат за судску заплenu ствари, морају бити испуњени услови за редовну пленидбу ствари у извршном поступку⁷⁵¹; и 2) супротно је савесности и поштењу (*bona fides praestare*) дозволити ретенцију ствари на штету дужника у ситуацији када је потраживање спорно, а његова реализација неизвесна.⁷⁵²

Међутим, оба претходно наведена аргумента су подложна критици: ретенција заиста представља алтернативу судској заплени, али то не значи да се нужно мора одвијати по процесним условима пленидбе коју спроводи надлежни орган. Насупрот томе, овде је реч о једном особеном, често непроцесном средству (вансудске) приватне самозаштите. У ситуацији када судско намирење потраживања још није дошло на ред, било би неправично лишити повериоца ретенције само зато што је у том тренутку потраживање још увек без судске потврде. Што се тиче другог наведеног аргумента, он је чини се, још неуверљивији: одузети повериоцу могућност задржавања дужникове ствари, само због тога што није сигурно да ли ће потраживање у каснијем тренутку бити реализовано, а позивањем на савесност и поштење, по нашем мишљењу, представља *contradictio in adjecto*. Ретенција је само превентивно средство, које штити

⁷⁴⁸ Dagnino, A., Contributo allo studio dell' autotutela private, Milano, Giuffrè, 1983., p. 115; P., Basso, *op. cit.*, стр. 48.

⁷⁴⁹ P., Лоренц, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, *нав. дело*, стр. 1274; У страниој доктрини: P., Malaurie, L., Aynes, Cours de droit civil, Les sûretés, Édition Cujas, Paris, 1986., стр. 115.

⁷⁵⁰ Вансудска ретенција нема процесни значај, већ фактички, када ликвидност потраживања није нужан услов задржавања ствари; и обрнуто, судска ретенција има званични процесни епипог, те су услови који се тичу потраживања знатно строжи. M., Volmer, *op. cit.*, стр. 21.

⁷⁵¹ Cf. Simler P., Delebecque, P., Droit civil, Les sûretés, Dalloz, Paris, 1989., стр. 389.

⁷⁵² Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 18-19.

потраживање док постоји; а ако оно накнадно отпадне, аутоматски ће престати и ретенција, као акцесоријум.⁷⁵³

Сличан став се среће и у новијој француској доктрини⁷⁵⁴, али и у судској пракси, која ликвидност потраживања све чешће, а по нашем мишљењу оправдано, изоставља као услов *sine qua non* за признавање ретенције. Тако, све више савремених француских аутора⁷⁵⁵ „сумња у неопходност услова ликвидности потраживања“, као предуслова права задржавања, а аргументацију налази у поређењу овог института и компензације. Наиме, пребијање два потраживања је начин њиховог гашења и последица је њихове истородности (заменљивости); док насупрот томе, „ретенција није поступак плаћања, већ начин *приморавања на плаћање*, због чега је допустиво њено вршење док поверилац ишчекује ликвидност њоме обезбеђеног потраживања.⁷⁵⁶

У домаћој доктрини⁷⁵⁷ се такође истиче ова аргументација и упозорава на: дефинитиван учинак компензације, за разлику од „привременог учинка ретенције“. Међутим, важно је напоменути да поменути аутор има у виду дејство ретенције које је било предвиђено тада важећим правом,⁷⁵⁸ а које је знатно слабије од данас признатог у ЗОО, те да посматра ретенцију као искључиво средство вршења притиска на дужника, не и као средство намирења. Данас, ретенција у домаћем праву ипак има много значајнији домашај, те је не можемо окарактерисати као привремену; већ њен ефекат може бити итекако коначан, као: гашење обезбеђеног потраживања продајом ретиниране ствари. Ипак, и у таквој поставци, ликвидност потраживања, по нашем мишљењу, није неопходни предуслов пуноважног вршења ретенције, нарочито не у фази вршења притиска на дужника.

Коначно, чини се да у доктрини није јасно шта се тачно подразумева под ликвидношћу потраживања. Наиме, поједини аутори под ликвидношћу не сматрају само неспорност, већ и одређеност потраживања (у погледу основа и висине), која је по нашој оцени, паралелно и неопходно својство потраживања – али различито од ликвидности. Суштинско значење ликвидности потраживања је: *доказаност* свих

⁷⁵³ Стога, ретенција повериоцу у оваквом случају неће донети неосновано обогаћење, нити неоправдану привилегију. Дакле, савесно је и поштено обезбедити постојећи интерес савесне стране (повериоца), тј. неправично би било лишити га овог ефикасног обезбеђења, само зато што у тренутку истицања приговора потраживање није ликвидно (а биће ликвидно у једном каснијем тренутку).

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, стр. 18.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ P., Лоренц, *нав. дело*, стр. 50.

⁷⁵⁸ Грађанскоправна ретенција је све до доношења ЗОО (1978. године) била регулисана правним правилима предратних прописа, а пре свега у СГЗ.

елемената потраживања признањем дужника, судском одлуком или судским поравнањем (а притом, може бити двојака: апсолутна и релативна⁷⁵⁹). У сваком случају реч је о категорији процесног права, а не материјалног.⁷⁶⁰ Управо због те чињенице, можемо закључити да ликвидност није један од неопходних материјалноправних квалитета потраживања, које може бити обезбеђено ретенцијом. Аргумент више у прилог овој тврдњи је да се трговачка ретенција може реализовати и ван суда. Тако, ствар може бити продата по цени коју поверилац сматра износом неизмиреног потраживања, а власник ствари потом може да га тужи, ако тврди другачије. Када је у питању грађанска ретенција, у фази намирења потраживања из вредности ретиниране ствари – суд ће свакако утврдити тачан износ дугованог, те ће потраживање постати ликвидно, ако пре тога није било.

Стога, можемо закључити да овај услов јесте пожељан, али није неопходно прописати га законом као нужан квалитет ретенцијом обезбеђеног потраживања.

2. 4. *Краткотрајност потраживања*

Квалитет обезбеђеног потраживања који, по једном атипичном ставу у домаћој доктрини, фигурира као један од услова за заснивање ретенције је *краткотрајност* потраживања. Притом, реч је о атрибуту потраживања који не познаје ни један законски текст, као ни остатак доктрине. Наиме, према овом ставу, услов краткотрајности повериочевог потраживања произлази из „смисла речи задржавање, који означава привремено застајање са предајом“, као и из смисла речи: „док му не буде исплаћено“, што аутор тумачи као: „престанак задржавања условљен једнократним чином – исплатом“.⁷⁶¹ Међутим, не можемо се сложити са наведеном конструкцијом, будући да је: недовољно аргументована; затим, једнократност у језичком смислу не значи исто што и краткотрајност; а уз то и усамљена у упоредном праву. Истина, постоје неки страни аутори који инсистирају на својству провизорности ретенције, али то је питање које се тиче правног дејства ретенције, а не услова за њено заснивање.⁷⁶²

⁷⁵⁹ Више о томе у: Правна енциклопедија 1, стр. 733.

⁷⁶⁰ Правна енциклопедија 1, стр. 733.

⁷⁶¹ Видети: С., Пауновић, Право задржавања (ретенције), стр. 66.

⁷⁶² Дужина вршења ретенције зависи од интереса повериоца, који може одбијати повраћај ствари онолико дуго колико му дужник не намирује основни дуг, али и од аспирација дужника (који потенцијално нема интереса да виндицира своју ствар у ситуацији када не жели да намири контрапотраживање).

ОДЕЉАК 3 ОБЈЕКАТ РЕТЕНЦИЈЕ КАО УСЛОВ

Упркос претходно у раду наведеној подели позитивних претпоставки за настанак ретенције, међу којима смо као другу издвојили *ствар*, као објекат права задржавања, у овом делу рада морамо детаљније да појаснимо шта све у упоредном праву означава концепт прикладног објекта ретенције. Анализом законских решења српског некадашњег и позитивног права, као и регулатива у нашем окружењу, могао би се извући закључак да је једини могући објекат права задржавања – ствар⁷⁶³.

Ипак, с обзиром да је предмет нашег истраживања и компаративна анализа регулативе овог института, поводом објекта ретенције закључак је комплекснији. На недоследности нарочито указују поједини примери из судске праксе,⁷⁶⁴ упркос начелној тврдњи стране доктрине⁷⁶⁵ да «нематеријалне ствари, потраживања, неподељена права или универзалност имовине у целини не могу бити предмет ретенције».⁷⁶⁶ Тако се у литератури, као необичан пример ретенције из француске судске праксе, наводи «ретенција права експлоатисања једног контингента млинарске индустрије». Могућност ретенције (и претходно - детенције) оваквог објекта ретенције је оправдано наишла на критике француске доктрине, јер објекат ретенције у овом случају - није конкретна ствар, већ *право*.⁷⁶⁷

⁷⁶³ Ипак, и у домаћој литератури се може наићи на став да је потенцијални предмет ретенције и ретинентова чинида, поред дужникове ствари, упркос недвосмислености норме која експлицитно дозвољава само: „*задржавање дужникове ствари*“. Видети: *Pravna enciklopedija, nav. delo*, str. 454. Cf. Д., Хибер, М., Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања, стр. 163.

⁷⁶⁴ У француској регулативи је као објекат грађанске ретенције недвосмислено означена *ствар*, међутим постоје и судске одлуке које сматрају пуноважном ретенцију појединих објеката које не можемо оквалификовати као ствар. Наиме, пресуда Трговинске коморе Касационог суда из 20. Јануара 1965., као адекватан објекат ретенције признаје: „*право експлоатисања једног контингента млинарске индустрије*“, чија је могућност ретенције (и претходно детенције) дочекана са неодобравањем у француској доктрини. Као објекат ретенције се дакле не означава конкретна самостална ствар, већ *право*.

⁷⁶⁵ N., Catala-Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967., стр. 35.

⁷⁶⁶ Овакав концепт прикладног објекта ретенције је типичан за регулативе европскоконтиненталног права. Међутим, англосаксонско право негује другачију правну традицију, те објекти *lien-a* уопште, могу бити не само ствари, већ и права, па и имовина у целисти, и то не само постојећа, већ и будућа. Више о значењу појма *lien* видети *Black's Law dictionary* на интернет адреси: <http://thelawdictionary.org/lien/>; *Black's Law Dictionary*, 8th ed., 2004, p. 2934 (интернет адреса: <http://www.xmind.net/m/tnXY>). О значењу термина *property* видети више код: R. Jelić, *Svojina u anglosaksonskom pravu*, *Pravni život*, br. 10, 2000, стр. 149-168.

⁷⁶⁷ Чињеница је међутим, да су овакви случајеви из француске судске праксе довели до постепеног «пробијања» традиционалних оквира признавања права ретенције (захваљујући казуистичкој регулативи) и очигледно, до проширења дозвољеног објекта ретенције са ствари и на права.

Оно што је свим регулативама заједничко јесте базична идеја, а то је задржавање, тј. одбијање извршења дуговане чинидбе у ситуацији постојања доспелог неизмиреног противпотраживања. Нечињење, тј. пасивно понашање као одговор на иначе пуноважан захтев друге стране (противника ретенције) представља одраз древне идеје – *do ut des*. Пошто једна страна не измирује дуговано, друга страна узвраћа истом мером и то: задржавањем, нечињењем, неиздавањем, одлагањем извршења или просто, модификовањем своје обавезе испоруке.

Међутим, одговор на питање шта се тачно задржава, у упоредном праву је двојак: 1) у претежном броју регулатива, предмет задржавања је искључиво *ствар*, као објекат стварног права – својине (најчешће дужникова); и 2) у мањем броју регулатива, предмет задржавања је превасходно – *чинидба*, а тек потом, евентуално и *ствар*⁷⁶⁸. Разлика између ова два концепта и коначне консеквенце оваквих законских одређења могу условити суштински различито поимање кључних сегмената ретенције.⁷⁶⁹

С обзиром да је концепт задржавања *ствари*,⁷⁷⁰ као објекта ретенције, ипак доминантан у упоредном праву, њиме ћемо се детаљније позабавити. Основно питање у овом контексту је: које врсте ствари, према различитим поделама, долазе у обзир као потенцијални објекат пуноважно засноване ретенције. Друго важно питање на које ћемо покушати да одговоримо је - чија може бити ствар која се задржава: а) дужникова; б) трећег лица или чак и в) ретинентова.

I Ствар као објекат ретенције

Концепт који је близак правном осећају домаћег правника подразумева опредмећење објекта ретенције и оличава идеју потеклу још из римског права, а то је *неиздавање ствари*,⁷⁷¹ коју потражује противник ретенције. У овом концепту ретенција се много чешће схвата као особено (реално) *право на ствари*, која је у поседу

⁷⁶⁸ У немачкој доктрини је овај елемент један од суштинских за разликовање услова заснивања ретенције грађанског и трговачког права: грађанска ретенција за објекат има “права, чинидбе и посебне радње дужника обавезе“, док трговачка ретенција за објекат има управо супротно: „све покретне ствари и вредносне папире дужника.“ F., Когн, *op. cit.*, стр. 34.

⁷⁶⁹ Разлике су евидентне у погледу: а) правног дејства (као искључиво релативног или апсолутног); б) правне природе (стварноправне или облигационе) и в) последично, регулисање у различитим деловима грађанскоправног система, систематизовањем у оквиру различитих група института грађанског права.

⁷⁷⁰ О телесној ствари као искључивом објекту ретенције у аустријском праву видети: *Protokolle des Neugenhauses; Ehrenzweig, op. cit.*, стр. 363.

⁷⁷¹ Притом се под појмом ствар, у модерном смислу подразумева телесна ствар, тј. она на којој титулар има својину, која му омогућава потпуну правну власт на њој, због чега се ствар и право идентификују. „Бестелесне ствари“ су сва остала имовинска права. Видети: § 182 СГЗ. Н., Планојевић, *Стварно право у пракси*, стр. 9.

ретинента.⁷⁷² Са друге стране, чак и они аутори⁷⁷³ који ретенцији оспоравају стварноправну природу редукујући је на „просту суспензију обавезе испоруке“, истовремено признају да ретенција црпи своју снагу и оправдање управо из материјалне ствари, као објекта.⁷⁷⁴

Задржавањем туђе ствари, ретинент директно задире у својинска овлашћења на ствари свог дужника, чиме га лишава позитивних прерогатива: држања, употребе, коришћења, прибирања плодова, као и фактичког располагања. Ствар се држи, чува и не издаје њеном власнику. Отуд схватање ретенције као права непосредно (*ex lege*) конституисаног на туђој ствари, блиско повезаног са њеним поседом. Овакав модел објекта ретенције можемо оквалификовати као доминантан у нашем узорку, а прописују га све регулативе,⁷⁷⁵ осим немачке.⁷⁷⁶ Притом, важно је нагласити да и немачка регулатива познаје задржавање ствари, али као подврсту института задржавања уопште.⁷⁷⁷ Ретенција чинидбе и ретенција ствари се тако у овој регулативи подводе под општи појам права задржавања и у односу су правила и изузетка.⁷⁷⁸

1. Врсте ствари које су могући објекат ретенције

Да би једна ствар била прикладан објекат ретенције, она мора да задовољи извесне услове. Притом, те премисе варирају у зависности од регулативе, а често ће пресудна бити категорија ствари која је у питању. Поједине врсте ствари уопште нису подобне да буду предмет задржавања ни у једном правном систему; друге јесу, али само у првој фази реализације ретенције (фаза неиздавања ствари у циљу вршења притиска на дужника) или боље речено, само када је реч о обичној ретенцији, која не садржи овлашћење намирења; док са друге стране, постоје одређене врсте ствари које могу

⁷⁷² “Ретенција је детенција искључиво телесног предмета“. G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, стр. 18.

⁷⁷³ N., Catala- Franjou, *op. cit.*, стр. 35.

⁷⁷⁴ Под појмом ствар, притом се општеприхваћено мисли на материјалне делове природе који су просторно ограничени, самостални, а физички или виртуелно у власти човека, а на којима обавезно постоји својина или неко друго стварно право, дакле који су подобни објекат присвајања у правном промету. Д., Стојановић, О., Антић, *нав. дело*, стр. 374-376.

⁷⁷⁵ Видети: чл. 286 ЗОО; чл. 72 ст. 1 ЗООХ; чл. 293 ст. 1 ЗООЦГ; чл. 261 ст. 1 ОЗС; чл. 275 ст. 1 ЗООМ; чл. 286 ст. 1 ЗОО Р. Српске; чл. 2286 ФГЗ; чл. 895 ШГЗ; чл. 1152 ИГЗ (и чл. 748, чл. 975, чл. 1006, чл. 1011, чл. 1502, чл. 2235, чл. 2794, чл. 1689 ИГЗ и др.), као и чл. 371 АГЗ

⁷⁷⁶ Видети: § 273 НГЗ

⁷⁷⁷ Видети: § 273 став 2 НГЗ

⁷⁷⁸ Ово је специфичност поменуте регулативе. Иако у оба случаја фигурира чинидба као најшире одређени предмет задржавања, јер у сваком случају ретенција значи негацију неког дугованог *dare или facere*, разлика је очигледна: а) када се задржава ствар, ретенција представља право које је уско повезано са фактичком влашћу на (туђој) ствари коју треба издати тражиоцу; и обрнуто, б) када је реч о задржавању чинидбе, могуће је задржавати било какву дуговану чинидбу, била она повезана са предајом ствари или не.

бити објекат било које врсте ретенције. Стога ће почетна подела ствари, као потенцијалних објеката ретенције, бити на покретне и непокретне.

1.1. Покретне ствари као објекат ретенције

Покретне ствари представљају у пракси најчешћи, најлакши и најподобнији објекат за ретинирање и то како у сфери грађанског, тако и трговачког промета⁷⁷⁹. Лако долажење до њихове државине, као и углавном једноставније чување и одржавање, неки су од кључних разлога што се покретности безизузетно у упоредном праву признају као објекат ретенције.

Конкретно, у домаћем праву и регулативама из окружења, стилизација законске одредбе је следећа: «Поверилац у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право да је задржи...». Притом, неки аутори из ове законске конструкције не изводе само закључак о допустивости ретенције на покретним стварима, као онима које се по правилу «имају у рукама», већ и обрнуто: закључак о неподобности непокретних ствари за задржавање⁷⁸⁰, будући да се оне «немају у рукама».⁷⁸¹

За разлику од неуједначених схватања правних писаца о могућности ретинирања непокретности, подобност покретних ствари за задржавање је општеприхваћени став доктрине.⁷⁸² Оне фактички често у пракси долазе у посед бројних држалаца (или детентора), по различитим правним основима (или без основа), те у склопу осталих испуњених услова, ова лица могу релативно лако довести у стање «фактичке привилегије» над осталим повериоцима власника ствари.⁷⁸³

Упркос начелном прихватању идеје ретинирања покретних ствари, потреба за заштитом правне сигурности, као и сразмерном заштитом интереса страна у грађанскоправном односу и коначно, разлози морала и заштите јавног поретка,

⁷⁷⁹ Основна разлика између две наведене сфере промета је у чињеници да су покретне ствари уједно и једини могући објекат ретенције у трговачком праву у највећем броју држава (ствари које имају својство робе и хартије од вредности), за разлику од грађанског промета, у коме и непокретности представљају потенцијални предмет права задржавања.

⁷⁸⁰ Једини законски текст којим је изричито забрањена ретенција непокретности је швајцарски. Видети: чл. 895 ШГЗ (*Bewegliche Sachen* – покретне ствари).

⁷⁸¹ Са оваквим закључком се не можемо сложити, будући да употребљену законску терминологију никако не треба схватити буквално, јер се и непокретности могу имати у непосредној државини.

⁷⁸² P., Tuor, B., Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979, стр. 737.

⁷⁸³ Покретне ствари су дуго биле једини подобан објекат ретенције и у регулативама англосаксонског права, у оквиру правила *common law-a*. Нарочито када је у питању категорија *possessory law lien-a*, код којих је посед ствари неопходан услов настанка права обезбеђења, покретне ствари свих врста су подобне за задржавање (и евентуално намирење повериоца-*lienor-a*), за разлику од непокретности. Међутим, развијањем правила *equity law-a i statutory law-a* подобан објекат ове врсте *lien-a* постају и непокретности (уз паралелно одустајање од услова поседа оваквих ствари). Видети више код: Hall, *op. cit.*

захтевају извесна ограничења могућности заснивања ретенције за поједине категорије покретних ствари. Стога ћемо утврдити три врсте покретних ствари у домаћем и у упоредном праву: 1) оне које ни под којим условима не могу бити ретиниране; 2) оне које то могу бити изузетно и 3) оне које увек могу бити предмет задржавања.

1.1.1. Покретне ствари које не могу бити објекат ретенције

На основу прегледа ставова у литератури, у ову категорију можемо убројати неколико врста ствари и то: 1) ван правног промета⁷⁸⁴; 2) несамосталне и 3) будуће.

1. *Ствари ван правног промета.* Став да се не могу задржавати ствари ван правног промета, датира још из римског права и логична је последица чињенице да *res extra commercium* не могу ни на који начин, ни у којој регулативи бити прометане, тј. преношене, те су самим тим неподобне и за настанак права ретенције, које претходно претпоставља одвијање неког вида правног промета.⁷⁸⁵ Прецизније речено, ради се о стварима на којима право својине није у правном промету,⁷⁸⁶ с обзиром да се права промећу, а не ствари као њихови објекти. Самим тим, ни поједина својинска овлашћења не могу бити пренета на друга лица у циљу конституисања нових права, попут овлашћења држања и располагања дужниковом ствари под одређеним условима, што ретинент стиче на основу закона.

Ове ствари представљају објекте непреносивог права својине (као и других ужих права) на објектима као што су: лична документа (личне карте, пасоши, саобраћајне дозволе и друге јавне исправе), сведочанства, као и друге ствари које су законом изузете из правног промета. Осим ових „дужникових“⁷⁸⁷ ствари, овде се убрајају и јавна добра, тј. ствари у општој употреби и друге ствари на којима је промет забрањен.⁷⁸⁸ Нарочито је важно истаћи да лична документа не могу бити објекат пуноважно засноване ретенције будући да је реч о исправама којима власник не може располагати,

⁷⁸⁴ F., Korn, *op. cit.*, стр. 34; Derrida, *Encyclopédie Dalloz*, стр. 46; Gavella et alia, *Stvarno pravo*, стр. 53; M., Vedriš, P., Klarić, *nav. delo*, стр. 417; J., Čuveljak, *nav. delo*, стр. 44; V., Bilbija, *nav. delo*, стр. 94; Д., Медић, *нав. дело*, стр. 531.

⁷⁸⁵ Cf. A., Gams, *Osnovi stvarnog prava*, стр. 193. Аутор истиче да *стицање ретенције „није акт правног промета*, већ да она само фактички настане при испуњеним условима – не као право, већ као фактичко стање“. Из претходно у раду наведених разлога, са овим образложењем се не можемо сложити.

⁷⁸⁶ Тако и: Н., Планојевић *Стварно право у пракси*, стр. 9.

⁷⁸⁷ Ове ствари нису дужникове у смислу грађанског права, већ њихово издавање, начин коришћења и сл., регулишу прописи јавног права (когентне законске норме).

⁷⁸⁸ Видети: Закон о јавној својини, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 88/2013 i 105/2014

у складу са прописима јавног права (ствари које су апсолутно ван правног промета)⁷⁸⁹. Лице које се њима идентификује има дужност ношења ових докумената, а њихово остављање извесним категоријама поверилаца⁷⁹⁰ представља устаљени, али незаконити обичај, који део доктрине⁷⁹¹ оправдано назива посебним именом: *фактичка залога*. Притом, сметња није само чињеница да објекат ове „залоге“ нема имовински карактер⁷⁹², те да не може бити уновчен, већ много значајније – чињеница да је овакво фактичко (вансудско) задржавање забрањено позитивним прописима.⁷⁹³

У делу домаће доктрине⁷⁹⁴ се истиче да задржавање личних докумената евентуално долази у обзир од стране органа, службеника који издаје односну исправу и то само док лице коме се издаје – не плати цену или јавне дажбине у вези са издавањем. Са оваквом тврдњом се не можемо сложити, будући да издавање личних докумената од стране надлежних државних органа спада у случај када држава према физичком лицу наступа као носилац јавне власти, а не као равноправан грађанскоправни субјект, тј. као учесник грађанскоправног посла, па овакав однос није грађанскоправни, већ јавноправни.⁷⁹⁵

Делови људског тела као потенцијални објекат ретенције. Интересантно је поменути да се у делу стране доктрине⁷⁹⁶ као ствари ван правног промета, на којима је *било који вид правног промета потпуно забрањен*, па тако и могућност заснивања ретенције, наводе: делови људског тела и то како природни, тако и вештачки. У контексту домаћег права, чини се да је овде ипак реч о посебној категорији ствари, које се по правилу налазе у *ограниченом правном промету*⁷⁹⁷, када су права на њима -

⁷⁸⁹ Тако и: Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 737 и даље.

⁷⁹⁰ У пракси је овакав вид „задржавања“ докумената нарочито заступљен у ситуацијама одседања гостију у различитим угоститељским објектима (хотелима, мотелима и сл.), а врши функцију гаранције плаћања цене пружених услуга, редуковане на улогу вршења притиска на дужника да измири дуг.

⁷⁹¹ Ипак, поменути аутор оправдано истиче да предајом и пријемом оваквих ствари у циљу осигурања потраживања – *не настаје ни залога, ни ретенција, нити било које друго право*. Слажемо се са оваквом оценом аутора, будући да није могуће ово оправдати чак ни конвенционалном (уговорном) ретенцијом, јер је реч о стварима које су ван правног промета и којима се не може располагати. N., Gavella, *nav. delo*, стр. 901.

⁷⁹² „Задржана ствар може бити отуђива и заплењива, а да не мора имати економску вредност“. Видети: G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, стр. 19.

⁷⁹³ У том смислу је можда чак и сувишно изричито навођење у чл. 287 ЗОО да се овакве врсте ствари не могу задржавати, јер то неминовно произлази из когентних прописа јавног права.

⁷⁹⁴ P., Лоренц, Право задржавања (*ius retentionis*), стр. 53.

⁷⁹⁵ Ово је типичан јавноправни однос физичког лица према држави (однос субординације воља). Из тог разлога овај пример не можемо признати као изузетак од претходно утврђеног правила, по коме лична документа не могу бити објекат пуноважне ретенције.

⁷⁹⁶ Scapel, C., Le droit de rétention en droit positif, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981/3, стр. 549; Simler P., Delebecque, P., *Droit civil, Les sûretés*, Dalloz, Paris, 1989., стр. 386.

⁷⁹⁷ Поједини аутори помињу као посебну категорију објеката ретенције - ствари у ограниченом промету, али без појашњења на које се тачно ствари мисли. Са друге стране, исти аутор помиње делове људског

преносива, али уз додатне законом предвиђене услове. Наиме, у домаћем праву, иако човек није објекат права (ствар), већ субјекат, делови његовог тела (па чак и леш, под одређеним условима) могу бити ствар у правном промету.⁷⁹⁸ Тако, вештачки делови људског тела⁷⁹⁹ свакако јесу ствар у промету када нису спојени са телом човека⁸⁰⁰, док природни одвајањем могу постати ствар, али у највећем броју случајева само у ограниченом промету⁸⁰¹.

С обзиром да у домаћој регулативи није реч о стварима које су *a priori* „апсолутно искључене из правног промета“ (а како је у делу француске доктрине истицано), већ се налазе у ограниченом промету, могућност заснивања ретенције на њима није немогућа, макар не из овог разлога. Ипак, сматрамо да правни промет делова људског тела, па и људског леша, трпи важна законска ограничења. Пре свега у погледу средства промета, а то су искључиво добротини уговори. Затим, ограничења постоје и у погледу циља промета: делови људског тела могу бити у промету - само у сврху лечења (цео промет од даваоца до примаоца је процедура, која је законом строго регулисана). С обзиром да је јасно да се ретенција не врши у циљу лечења, она зато и није могућа, јер императивни пропис то онемогућава.

Осим тога, разлог више за неподобност делова људског тела (када су одвојени) за ретенцију је и чињеница да се они могу користити само у најкраћим временским јединицама, након чега ћелије умиру, па и органи и ткива, након чега би били неупотребљиви. Дакле, ретенција оваквих ствари *sui generis* не само да је забрањена когентним прописима, већ је и несврхисходна и коначно, тешко замислива у пракси. Делови људског тела су технички неподобни за ретенцију, њихово чување је проблем, као и уопште долажење до њих. Даље, могуће је поставити и питање чији би их поверилац ретинирао: поверилац даваоца или примаоца? Једина замислива ситуација је

тела, али као ствари чији је промет апсолутно забрањен (а не ограничен), чиме се уноси непотребна забуна у одређивању потенцијалних објеката ретенције. Ово питање зависи од закона у конкретной држави, па је могуће да је ово питање другачије регулисано у појединим страним правима. *Cf.* S., Petrić, *nav. delo*, str. 222 i 195.

⁷⁹⁸ *Cf.* И., Бабић, Грађанско право, књ 2, Стварно право, Београд – Нови Сад, 2012, стр. 29-30.

⁷⁹⁹ Интересантан је пример који се наводи у француској доктрини по коме: уговор који је закључио стоматолог са пацијентом, а чији је предмет постављање зубне протезе, приморава хирурга-стоматолога да изведе операцију и угради протезу пацијенту. Он дакле *нема право ретенције на помагалу*, које се обавезао да постави. *Cf.*, X., Henry, et alia, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010., стр. 2247.

⁸⁰⁰ У обрнутом случају, када су вештачки делови тела инкорпорисани у тело човека (пр, протезе везане за тело) они су свакако ствар ван правног промета, те је на њима немогуће вршити ретенцију и то је у доктрини неспорно. Видети: Simler P., Delebecque, P., Droit civil, Les sûretés, Dalloz, Paris, 1989., стр. 386.

⁸⁰¹ У ограниченом промету се налазе ћелије, ткива и органи живог или умрлог човека, а (најзначајнија) законска ограничења овог промета су трострука: у погледу циља, средства промета и субјеката који у њему учествују. Н., Планојевић, Стварно право у пракси, стр. 11. Закони који регулишу овај промет су: Закон о трансплантацији ћелија и ткива, Сл. Гласник РС 72/2009 и Закон о трансплантацији органа, Сл. Гласник РС 72/2009.

да је у питању хирург, јер само он би могао имати улогу повериоца-ретинента, јер је једини у прилици да стекне неманљиву државину ове врсте ствари.

Из свих претходно наведених разлога, оцењујемо да је заснивање ретенције на одвојеним деловима људског тела, с обзиром на њену сврху обезбеђења неизмирених потраживања, апсолутно неспојиво са смислом и *ratiom* легализовања овог промета у извесном обиму и уопште са јавним поретком, моралом и добрим обичајима. Тако би ова категорија ствари могла бити подведена под категорију оних чије је ретинирање *противно јавном поретку*, што је законска формулација која постоји у швајцарском, а коју би било корисно усвојити и у српском будућем праву.

2. *Збир ствари и збирна ствар као потенцијални објекат ретенције*. Као једна од категорија ствари неподобних за ретинирање, у доктрини⁸⁰² се наводи збир ствари (*universitas rerum*) - као *целина*. У том случају није задовољено начело специјалности (које важи за сва права на ствари, па и за ретенцију), што ову категорију ствари чини неадекватним објектом ретенције. Ипак, истовремено се сматра пуноважном ретенција поједине ствари из тог скупа, на којој постоји посебно право својине – дужника (противника ретенције).⁸⁰³

Међутим, може се поставити следеће питање: шта је са збирним стварима, тј. *комплементарним*, попут пара рукавица, ципела, шаховских фигура и сл., као потенцијалним објектима ретенције? Део доктрине истиче да је кључно да ретинирана ствар мора бити самостална, а овде је реч о две (или више) ствари које су економски - функционално повезане. Ипак, оне нису саставни, несамостални делови исте сложене ствари, који заиста не могу бити ретинирани. Ово су засебне (физички самосталне) ствари, које су повезане само заједничком сврхом коју врше, а које можда и могу бити посебан објекат ретенције.

Оно што можда представља проблем код збирних ствари, као потенцијалног објекта ретенције, је чињеница да оне немају засебну економску вредност, што је иначе предуслов за реализацију овлашћења намирена ретинента - у регулативама које познају тзв. квалификовану ретенцију. Тако, домаће право, али и поједини страни правни системи, условљавају настанак ретенције – постојањем економске вредности

⁸⁰² К., Oftinger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, 1952., стр. 355; S., Petrić, *nav. delo*, стр. 196.

⁸⁰³ Збирне ствари означавају целину састављену из појединих самосталних, физички одвојених ствари од којих свака има своју употребну вредност и представља објекат посебног права својине. У правном промету, свака од тих појединих ствари може представљати предмет посебног правног посла, те будући да је самостално прометљива, нема сметње да представља подобан објекат ретенције.

задржаваног објекта (како би се омогућила продаја ретиниране ствари, тј. њено уновчење).

Са друге стране, о овом питању је могуће размишљати и на другачији начин; наиме, могућност ретенције једне ствари, која чини економску целину са другом, може бити утолико ефикасније средство притиска на неуредног дужника, јер се без те друге – не може користити (нема употребну вредност). На пример, ретинирање једне дијамантске минђуше може бити врло корисно средство „убеђивања“ неуредног дужника да обезбеђено потраживање намири што пре, а нарочито у ситуацији када је дужнику та ствар потребна. У сваком случају, оваква ствар може у извесним ситуацијама бити и самостално уновчива, те задовољава општи услов из домаћег закона: да је у питању ствар који има економску вредност, тј. која може бити предмет уновчења.

Стога, можемо закључити да збирне ствари (за разлику од збира ствари) могу бити прикладан објекат ретенције, у зависности од околности конкретног случаја и врсте збирне ствари у питању. Услов је само да постоји могућност њихове продаје и то у оним регулативама које предвиђају и могућност намирења ретинента. У правним системима који познају само обичну ретенцију (без овлашћења намирења), овакве ствари у сваком случају представљају погодан објекат права задржавања.

3. *Будуће ствари.* По правилу, права реалног обезбеђења потраживања настају само на постојећим, садашњим стварима, будући да без објекта, нема ни права. За ретенцију ово правило нарочито важи, будући да се у свим законима изричито захтева државина ствари (и то најчешће непосредна), као услов конституисања ретенције. А пошто је немогуће држати будућу ствар, логично је зашто ово правило важи за ретенцију - без изузетка.

Ретенција је институт који је базично повезан са физичким поседом дужникове ствари, која се претходно «затекла у његовој власти». Француска доктрина⁸⁰⁴ ову идеју илуструје на следећи начин: «ретенција је ефекат ретенције ствари», чиме се недвосмислено сугерише *посед ствари*. Осим тога, језички смисао назива: *задржавање* је настављање држања онога што се већ држи, дакле ствари која већ постоји и која је већ по неком основу у поседу ретинента. У том смислу, сматрамо да је ретенција будуће ствари немогућа при општеприхваћеној физиономији овог института, како у домаћем, тако и у упоредном праву.

⁸⁰⁴ L., Guilouard, *op. cit.*, стр. 12.

Овај концепт је традиционално везан и за државинску (ручну) залогу, будући да посед ствари није могуће засновати на ствари која у том тренутку не постоји⁸⁰⁵ (а која ће у будућности можда настати).⁸⁰⁶ Међутим, модерно право обезбеђења потраживања, ипак познаје изузетак од овог начела, те изузетно дозвољава као предмет залоге и *будућу ствар*.⁸⁰⁷

1.1.2. Покретне ствари које могу бити објекат ретенције уз додатне услове

Реч је о категорији ствари које начелно могу бити објекат ретенције, али тек уз испуњење одређених допунских услова. Ту пре свега спадају генеричке ствари (нарочито новац), али и хартије од вредности, будући да их неке регулативе експлицитно предвиђају као подобан објекат ретенције. Иако је реч о врстама покретних ствари, за које смо претходно утврдили подобност за ретинирање (под условом да су у промету), њихово издвајање у посебну подврсту је ипак сврсисходно из неколико разлога: 1) хартије од вредности могу бити и дематеријализоване (па се не уклапају увек у традиционалан концепт телесне ствари), а осим тога, право из хартије је инкорпорисано у самој хартији и неоствариво мимо ње; 2) новац, као генеричка ствар, мора бити индивидуализован, издвојен како би био подобан за ретенцију, сходно начелу специјалности (иначе је у питању новац као обична генеричка ствар и подобан је за компензацију, а не за ретенцију).

Коначно, у ову групу објеката који су подобни за ретенцију – под неким, додатним условом, можемо сврстати још и потрошне и заменљиве ствари; али и плодове – чија је правна судбина у контексту ретенције правно интересантна због више у доктрини предлаганих, а битно различитих правних режима, које ћемо детаљније размотрити на овом месту.

Поједини аутори⁸⁰⁸ у ову категорију ствари сврставају и припадак, међутим чини нам се да код ове врсте ствари нема додатних услова који би морали да буду задовољени, да би ова ствар била «условно подобна» за ретенцију. Припадак, који

⁸⁰⁵ Oftinger, *op. cit.*, p. 146; D., Stojanović, D., Pop-Georgiev, Komentar zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1980., str. 186.

⁸⁰⁶ У англосаксонском праву начело специјалности је очувано код тзв. *particular lien-a*, док оно не важи код тзв. *general lien-a*, који не мора постојати на тачно одређеној ствари, већ хипотетички чак и на свим стварима дужника. Тако је савсим могуће да објекат на коме се конституише право обезбеђења не мора нужно да постоји у тренутку настанка овог права. Више о појму *floating charge* (тзв. „лебдећој залози“) у англосаксонском праву видети код: Н., Тешић, Регистрована залогa, Београд, 2007., стр. 142.

⁸⁰⁷ Више о будућој ствари као предмету регистроване залогe: Н., Тешић, *нав. дело*, стр. 139.

⁸⁰⁸ Видети: S., Petrić, *нав. дело*, str. 196.

припада истом власнику, увек следи правну судбину главне ствари (*accessorium sequitur principale*), те ако она задовољава тражене (опште) услове за ретенцију и припадак ће такође.

Из тог разлога ће новац и хартије од вредности бити предмет наше детаљније анализе у овом контексту, као и плодови, а разлог за то је њихово експлицитно признавање као подобних објеката код једне особене врсте ретенције – а то је ретенција савесног држаоца. Са друге стране, у доктрини се сматра спорним да ли су плодови подобан објекат опште ретенције у домаћем и у упоредном праву.

А. Генеричке ствари као објекат ретенције

Када су у питању генеричке ствари, нарочито једна врста се издваја у појединим законским текстовима као особен, а подобан објекат ретенције, због чега се засебно разматра и у доктрини. Новац представља специфичну покретну, заменљиву и потрошну ствар, која свакако није типичан објекат за заснивање ретенције, с обзиром да представља опште платежно и опште прометно средство.⁸⁰⁹ Томе у прилог сведочи и чињеница да већином законских текстова који формулишу општи појам ретенције, новац као објекат није посебно издвојен (именован), осим у неким законима.⁸¹⁰ Ипак, на основу језичког тумачења општих прописа о ретенцији, у домаћем и упоредном праву, могуће је уврстити и новац међу адекватне објекте ретенције (новац је ствар), што потврђују и ставови судске праксе. Тако, у једној пресуди се истиче: „Новац може бити предмет залога, било да се посебна свота новца посебно одвоји, било да се из

⁸⁰⁹ Eanneccerus, Kipp, Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I bd., Tübingen, 1959., стр. 779. Више о новцу као покретној ствари *sui generis* и његовим карактеристикама видети више код: V., Krulj, Novac I povčane obaveze u unutrašnjem i međunarodnom pravu, Savremena administracija, Beograd, 1973., стр. 38-41.

⁸¹⁰ Ипак, у неким законским текстовима наводи се и новац као подобан објекат права ретенције (како грађанског, тако и трговачког права). У домаћем праву, неки од таквих прописа су следећи: Закон о меници и Закон о чеку. У чл. 87 домаћег Закона о меници експлицитно се дозвољава „право придржаја“ на новцу: „Стицањем права на тужбу или на регрес, ималац менице стиче и право придржаја над дужниковим новцем, покретностима и хартијама од вредности, који су законитим путем дошли у његове руке или с којима може располагати. Но, право придржаја над поменутиим предметима не може се вршити ако су дужник или треће лице, приликом уручења или пре тога, ставили до знања имаоцу менице да се предмети дају у нарочиту сврху“. ("Сл. лист ФНРЈ", бр. 104/46, "Сл. лист СФРЈ", бр. 16/65, 54/70 и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља). Закон о чеку ("Сл. лист ФНРЈ" бр. 105 /46, "Сл. лист СФРЈ" бр.12/65, 50/71и 52/73 и "Сл.лист СРЈ" бр. 46/96). У чл. 23 Закона о чеку упућује се на сходну примену одредаба Закона о меници (чл. 86 до 89).

новчане масе заложени одређени део“.⁸¹¹ Ипак, ово је могуће тек под одређеним условима, сходно онима који постоје код ручне залоге.⁸¹²

Ти услови се тичу својеврсне индивидуализације новчаница, како би се одређена свота новца издвојила од осталих генеричких ствари из своје врсте и тако постала *species*.⁸¹³ Међутим, поједини примери из француске судске праксе,⁸¹⁴ доказују супротно: да се у извесним случајевима толерише заснивање ретенције и на *новчаним чинидбама*, а не само на новцу, као физички издвојеној ствари. Ипак, овај случај је на граници: наиме, реч је свакако о предаји ствари, новца, те иако суд јесте применио широко тумачење, оно није сасвим неприхватљиво.

У претежном делу доктрине, питање могућности ретенције новца⁸¹⁵ није спорно,⁸¹⁶ при чему је општеприхваћени критеријум разликовања претходна индивидуализација новца: ако је она извршена, могуће је заснивање ретенције на таквом објекту као физичкој ствари;⁸¹⁷ у супротном, могућа је само компензација двеју новчаних свота или евентуално употреба приговора неиспуњеног уговора⁸¹⁸.

⁸¹¹ Део сентенце из одлуке Савезног суда, бр. Гзз-32/1974, објављена у књизи Бориса Визнера, Коментар закона о основним власничкоправним односима, Загреб, 1980., стр. 382.

⁸¹² Д., Медић, Однос права ретенције и заложног права, *нав. дело*, стр. 36.

⁸¹³ На неки начин обележен, извојени новац („не као сума, већ као делови, тј. комади новца“), нпр. новац у запечаћеном омоту, мора бити предат у државину повериоца (ретинента), дакле без намере преноса својине на њог (тј. плаћања дугованог). Он се дакле предаје као особена покретна ствар која *нужно мора остати у својини дужника*, након акта предаје. Новац је подобан објекат за ретенцију само ако није предајом прешао у својину меничног повериоца, јер се онда менични поверилац јавља као дужник меничног дужника, који може да компензује, али не и да врши ретенцију. С., Бранковић, Право ретенције, стр. 525. У страниој литератури о овоме видети више код: Derrida, *Encyclopédie Dalloz*, стр. 46; K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 355. F., Korn, *op. cit.*, стр. 34. У англоамеричкој литератури новац се такође сматра прикладним објектом *possessory lien*-а, такође под условом да представља *species*. Више о томе: Sykes, *op. cit.*, стр. 555.

⁸¹⁴ Реч је о особеном праву задржавања на премијама осигурања и то двосмерно: а) ретенција осигураника на премијама још неисплаћеним осигуравачу; и б) ретенција осигуравача на новчаној суми још неисплаћеној кориснику (3. лицу), у циљу обезбеђења премија које му дугује осигураник. Видети: Пресуда француског Касационог суда од 28. 01. 1975. (J. C. P. 1976/18284).

⁸¹⁵ Поједини случајеви „ретенције новца“ се у доктрини означавају као спорни, будући да постоји дилема да ли је реч о праву задржавања (ојачаним намирењем из вредности ствари) или је пак у питању залог. Конкретно, ово питање је постављено у хрватској доктрини у вези са „правом пуномоћника да се намири“ из вредности задржаног новца (без законског прецизирања института о коме је реч: залог, ретенција или пак, неко посебно право намирења). Више о овој проблематици видети у: D., Šago, *Neki aspekti prava odvjetnika kao punomoćnika u parničnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 1/2012., str. 177; Triva, S., Dika, M., *Грађанско парнично процесно право*, *Narodne novine*, 2004. str. 333; Dika, M., *Грађанско парнично право*, *Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, *Narodne novine*, Zagreb, 2008., str. 263; Stipković, Z., „О праву ретенције одвјетника“, *Odvjetnik*, br. 7-8, 1977., str. 259.

⁸¹⁶ P., Лоренц, *нав. дело*, стр. 52; H., Планојевић, *нав. дело*, стр. 420; J., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 26; B., Билбија, *нав. дело*, стр. 94.

⁸¹⁷ „Само на новчаном износу који је индивидуализован као телесна ствар могуће је засновати ретенцију, схваћену као материјалну ретенцију“. Marty, G., Raynaud, P., *op. cit.*, стр. 20.

⁸¹⁸ Scapel, *op. cit.*, стр. 554.

Можемо закључити да је новац, као генеричка ствар, подобан објекат ретенције, те да је у доктрини створена вештачка дилема у вези са овим питањем. Постоји само једна разлика у односу на остале покретне ствари као дозвољене објекте ретенције, тј. допунски услов који важи за сваку генеричку ствар (па и за новац), а то је: претходна индивидуализација новца, на неки од могућих начина. Међутим, то је услов који се односи на све генеричке ствари, а не само на новац и коначно, ово питање је фактичко и техничко, а не правно. Уосталом то важи за сва стварна права, па и за права реалног обезбеђења потраживања, дакле и за ретенцију. Коначно, сама предаја генеричких ствари у државину представља одређену врсту индивидуализације, уз обавезу повериоца да током чувања не помеша ове дужникове ствари са својим генеричким (исте врсте и квалитета), чиме је тражени допунски услов испуњен.

Б. Хартије од вредности као објекат ретенције

Хартије од вредности су врста покретне ствари, али са извесним особеностима, које чине оправданим њихово засебно разматрање у контексту дозвољеног објекта ретенције. Оно што их чини специфичним објектом ретенције је чињеница да ове хартије могу бити и дематеријализоване, што значи да тада не испуњавају општи услов за конституисање ретенције: да је у питању (телесна) ствар. Тако да и у овом случају постоји један додатни услов који мора бити испуњен, како би хартије од вредности биле адекватан објекат ретенције – да није дематеријализована.

Хартије од вредности, као специфична врста покретних ствари, генерално представљају подобан објекат права ретенције.⁸¹⁹ У трговачком праву то је неспорно; наиме, у оним регулативама које одвојено регулишу сферу грађанског и трговачког промета, одредбе трговачких закона⁸²⁰ експлицитно прописују да се могу ретинирати „све покретне ствари и вредносни папири дужника сваке врсте“.⁸²¹ Са друге стране, прописи у цивилној материји углавном не садрже изричито хартије од вредности као објекат ретенције, али у доктрини⁸²² је прихваћен став да се под појмом: ствари дужника, подразумева и ова особена врста покретних ствари. Њихова особеност се огледа у томе што је у листу хартије, као телесној (покретној) ствари инкорпорисано

⁸¹⁹ У англоамеричком праву хартије од вредности су такође подобан објекат *lien-a*, нарочито од стране банке и других типова агената. Више о тзв. *banker's lien* видети код: Е. Р. Ellinger, Е. Lomnicka, С. Hare, Ellinger's Modern Banking Law, 5th ed., Oxford University Press, 2011., стр. 864.

⁸²⁰ Видети: чл. 369 став 1 НТЗ и АТЗ. Исто правило садржи и домаћи Закон о меници. Видети: чл. 87.

⁸²¹ F., Korn, Das kaufmanische Retentionsrecht, *op. cit.*, стр. 34.

⁸²² Z., Stipković, Pravo retencije i neki slični instituti, стр. 287.

једно право, те је „потраживање из хартије од вредности везано за само хартију и припада њеном законском имаоцу.“⁸²³

Једини одредба која садржи изричиту потврду је чл. 895 ст. 1 ШГЗ,⁸²⁴ а у њој су непосредно наведене хартије од вредности (*Wertpapiere*), као особени објекат ретенције, поред „класичних“ покретних ствари.

Као вредносни папири погодни за ретенцију у немачкој доктрини⁸²⁵ се махом одређују: менице, акције, налози, полисе животног осигурања, лозови, пензиони чекови, потврде о складиштењу и утовару, као и остале хартије на име, хартије по наредби, хартије на доносиоца и др. Основна линија поделе хартија од вредности, као објекта подобног за ретенцију, у упоредном праву директно зависи од прихваћеног концепта ретенције: као средства притиска или средства намирења. У немачком и аустријском праву овај критеријум је јасно усвојен као разликујући за ретенцију грађанског и трговачког права, будући да тамошње цивилно право задржавања свакако не даје *ius distrahendi* ретиненту, па долазе у обзир и неке хартије - које нису хартије од вредности у правом смислу речи, иако се на њих примењују правила о хартијама од вредности. Тако се у тамошњој доктрини⁸²⁶ као хартије подобне за задржавање сматрају и оне које нису самостални носиоци права, тј. које нису хартије од вредности у правом, техничком смислу (пр. доказне исправе, легитимациони знаци, признанице и сл.). Реч је дакле, о хартијама које нису подобне за уновчење, али свакако јесу за задржавање, што је једина садржина ретенције према НГЗ и АГЗ.

Са друге стране, у регулативама које на јединствени начин регулишу грађанску и трговачку ретенцију, усвојен је модел квалификоване ретенције, која уз задржавање хартија од вредности нужно садржи и овлашћење намирења.⁸²⁷ У овој групи правних система под хартијом од вредности, која може бити објекат општег права ретенције, мисли се на оне, код којих је право из хартије неразднојно повезано са хартијом, где

⁸²³ Чл. 239 ст. 1 ЗОО. Појам хартије од вредности је садржан у чл. 234 ЗОО.

⁸²⁴ Чл. 895 ст. 1 ШГЗ. Покретне ствари и хартије од вредности су издвојене као два посебна објекта на којима је могуће засновати ретенцију.

⁸²⁵ F., Korn, *op. cit.*, стр. 34.

⁸²⁶ P., Lohman, *Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht*, Leipzig, 1908, стр. 34; K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 356. У доктрини се, као посебна категорија хартија од вредности подобних за ретенцију, издвајају тзв. *робни папири*, који титулару дају право располагања робом, попут: складишнице, теретнице, коносмана и сл. (*Dispositionspapiere*). Објекат који се ретинира овде може бити двојак и то у зависности од лица које има овлашћење из хартије: 1) ако је ретинент овлашћено лице из хартије – објекат задржавања је потраживање дужника на предају робе на коју се хартија односи (што није класична ретенција телесне ствари, већ права; и 2) ако је дужник овлашћено лице из хартије – објекат ретенције је сама хартија. R., Lorenc, *nav. delo*, стр. 53; S., Petrić, *nav. delo*, стр. 203.

⁸²⁷ Таква је ситуација у швајцарском праву, као и у регулативама које су преузеле швајцарски модел, попут домаће и регулатива у нашем окружењу.

пренос хартије подразумева и пренос права из ње, што је својство свих хартија од вредности у ужем смислу.

Хартије од вредности у свим анализираним регулативама представљају општеприхваћене објекте ретенције, уз разликујући критеријум: да ли је у њима инкорпорисано имовинско право - подобно за уновчење или не, с обзиром на слабије или снажније прихваћено дејство ретенције у конкретној регулативи. Ретенција, регулисана као средство притиска, у појединим страним правима може бити вршена и на горе наведеним хартијама, које нису хартије од вредности у правом смислу речи⁸²⁸ и обрнуто; хартије без тржишне вредности ретиненту не омогућавају евентуално намирење, те иницијално не могу ни бити објекат пуноважно засноване квалификоване ретенције. Засад можемо означити као спорно питање:⁸²⁹ може ли ретенција у домаћем праву и другим регулативама са усвојеним јединственим концептом грађанске и трговачке ретенције, бити евентуално ваљано заснована и на хартијама које не дају *ius distrahendi*, уколико је то у складу са интересима и аспирацијама ретинента?⁸³⁰

Још једно питање у вези са хартијама од вредности, као објектом ретенције, нам се чини занимљивим: поједини законски текстови, а и знатан део доктрине, при одређивању објеката подобних за ретинирање посебно наводе: а) покретне ствари, б) новац; и в) хартије од вредности. Иако су у сва три случаја у питању покретне ствари, ипак се хартије од вредности (уз новац) сматрају покретним стварима *sui generis*, чија поједина својства чине оправданом овакву законску формулацију. Уз особености претходно наведених хартија, које нису хартије од вредности у правом смислу речи, постоји још један разлог, а по нашем мишљењу кључан за оправдање претходно наведене законске формулације.

Наиме, једна од подела хартија од вредности је на материјализоване и дематеријализоване, при чему друге по реду више не можемо квалификовати као класичне *ствари*.⁸³¹ Право из такве „хартије“ више није везано за писмену исправу, већ постоји као електронски запис у Централном регистру хартија од вредности.⁸³² По томе се оваква хартија разликује од класичних, материјалних вредносних папира, али и од

⁸²⁸ Таква је ситуација у: немачком, аустријском, француском и италијанском грађанском праву.

⁸²⁹ Ово питање се означава као спорно и у швајцарској литератури, упркос усвојеном концепту јединствене ретенције, појачане додатним овлашћењем: *ius distrahendi*. Видети: Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 738.

⁸³⁰ Чини се да одговор на ово питање можемо дати тек након детаљније анализе садржине и правног дејства ретенције.

⁸³¹ Дакле, иако се назива „хартија“, ово право постоји и без папира као телесне ствари, те је у том смислу оваква „ствар“ дематеријализована. Н., Панојевић, *нав. дело*, стр. 11.

⁸³² Видети: Закон о тржишту капитала, Сл. Гласник РС 31/2011, 112/2015

свих других телесних покретних ствари, што оправдава изричито нормативно издвајање ове категорије „ствари“ као објекта ретенције. Међутим, овакав објекат ретенције је могућ само у француском праву, које познаје фиктивну ретенцију, а не и у домаћем, у коме је објекат ретенције искључиво телесна ствар.

В. Потрошне и заменљиве ствари као објекат ретенције

Иако се у пракси најчешће ретинира ствар која је незаменљива и непотрошна, чини се да, макар начелно, нема сметњи да и ствар другачијих квалитета постане предмет задржавања, под општим условом да је та ствар, ако је генерична, а по правилу јесте, претходно индивидуализована.⁸³³ Ипак, с обзиром да ретенција може бити временски дуго вршена, а теоријски чак и неограничено, чини нам се да је једино техничко ограничење у ситуацији ретинирања оваквих ствари, а на које немачка доктрина оправдано указује, особина евентуалне кварљивости оваквих ствари, односно губитка вредности.⁸³⁴

Други проблем у вези са ретенцијом оваквих ствари, јавља се у вези са питањем својине на заменљивим стварима; тако се, у италијанској доктрини⁸³⁵ истиче немогућност задржавања заменљивих ствари, будући да ИГЗ не познаје ретенцију сопствених ствари.

Садржина ретенције у многим регулативама овлашћује на пасивно понашање, нечињење, због чега ово питање, по правилу није спорно, те се и у доктрини⁸³⁶ сматра могућом ретенција заменљивих и потрошних ствари, под претходно поменутиим условом - да ствар није кварљива. Притом, важно је нагласити да је реч о два различита својства ствари (потрошност и заменљивост), а обе категорије ствари могу бити кварљиве. Ипак, иако су могуће различите комбинације наведених својстава ствари, по правилу је ствар истовремено и потрошна и заменљива.

⁸³³ С обзиром да ретинент има само право одбијања издавања конкретне ствари дужнику, као негативно овлашћење, а не и позитивна овлашћења да дужникову ствар употребљава, користи и сл., квалитети заменљивости и потрошности ствари овде, по нашем мишљењу, не фигурирају као кључни.

⁸³⁴ Söergel, Kommentar zum BGB, p. 551.

⁸³⁵ Gardani, D. L., Voce Ritenzione, in Digesto delle discipline privatistiche-sezione civile, Torino, Utet, vol. III, 1998., p. 65. О важности квалитета незаменљивости ствари као објекта ретенције у италијанском праву, сведочи чињеница да поменути аутор ово својство ствари наводи у самој дефиницији појма ретенције: „Право задржавања је могућност коју закон даје повериоцу, који поседује *незаменљиву* ствар коју мора вратити дужнику, да одбије предају те ствари све док се не изврши обавеза повезана са задржаном ствари.“ Тако и: P., Basso, Il diritto di ritenzione, Giuffrè Editore, 2010., стр. 32.

⁸³⁶ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 199 и стр. 141. До истог закључка се долази и у европскоконтиненталној и у акглосаксонској литератури .

Наша је оцена да нема разлога не омогућити повериоцу у чијем се поседу затекне нека дужникова заменљива или потрошна ствар - исти третман као и повериоцу непотрошне, незаменљиве ствари, у ситуацији постојања заједничког *ratia* и истог ефекта ретенције.⁸³⁷

Г. Плодови као објекат ретенције

Плодови су врста ствари о којој је мало писано у литератури у контексту могућег објекта ретенције. С обзиром да ниједан законски текст из нашег узорка о томе ништа не прописује, нарочито је интересантно питање правне судбине природних плодова ретиниране ствари у домаћем, али и у упоредном праву. Разлог што смо их сврстали у категорију – покретних ствари које су условно подобне за ретенцију, је тај што је у делу доктрине присутан став да они представљају подобан предмет ретенције. Ипак, чини се да су могућа и другачија решења, укупно њих четири, која ћемо на овом месту изложити.

До одвајања, плод је саставни део главне ствари, који дели њену правну судбину, па и ретенцију. Ако дође до одвајања плода за време трајања ретенције онда су могућа четири решења и то: 1) прописивање обавезе повраћаја одвојених плодова дужнику – власнику; 2) ретенција одвојених плодова (по сили закона), као последица својства екстензивности ретенције (прописана у ДЦФР-у), тј. њеног аутоматског проширења на новонастали објекат, уз додатни услов да поверилац то не одбије; 3) могућност заснивања нове ретенције на одвојеним плодовима (ако поверилац то жели); и 4) могућност присвајања плодова од стране повериоца-ретинента. Притом, за сваку од ове четири могућности постоје одређени аргументи и контрааргументи, чија анализа следи.

1. Концепт обавезног повраћаја плодова дужнику - власнику главне ствари. Аргумент за прихватање прве опције је образложење да задржавана ствар припада дужнику, те да су одвојени плодови такође у његовој својини и да их он, као „вишак обезбеђења“, у односу на првобитно засновано, може тужбом повратити. Ово би нарочито важило у случају да ретенцији одрекнемо својство субјективног грађанског права које *не даје право на државину ствари*, какав је начелно случај у италијанском

⁸³⁷ Битно је само да ствар задржавањем не пропада, јер би у том случају ретенција била вршена уз несразмерну штету за дужника, а не би свакако била ни у складу са начелом савесности и поштења.

праву.⁸³⁸ Наиме, тамошња доктрина по правилу одриче постојање права на ретенцију одвојених плодова, позивајући се на значај права задржавања тек као изузетка (*exceptiones sunt restrictissime*). Овај став је оличење заступљене идеје да је ретенција друштвено непожељан вид приватног задирања у права дужника, те да је треба максимално редуковати, а не подстицати њено заснивање на потенцијално ширем кругу објеката. Реч је о схватању ретенције као изузетно дозвољеном виду самопомоћи, који никако не треба тумачењем проширивати, па тако ни објекат на коме се она може засновати. Обавеза ретинента да неуредном дужнику, као власнику, по сили закона, уступи плодове нам се чини најмање целисходном од три потенцијална решења, јер несразмерно олакшава имовинску позицију дужника и уједно угрожава легитимне интересе ретинента.

2. *Одвојени плодови као допунски објекат постојеће ретенције - по сили закона.* Друга могућност је законом прописано проширење ретенције на плодове, као нове објекте права задржавања, путем увођења својеврсне екстензивности ретенције. Притом, ово проширење објекта већ постојеће ретенције би такође захтевало постојање свих услова предвиђених законом (у вези са потраживањем, ствари, поседом и др.).

Критика оваквог предлога третмана одвојених плодова ретиниране ствари нарочито је заступљена у италијанској доктрини⁸³⁹, где се истиче да: ретинент нема ни једно позитивно овлашћење на туђој ствари (није носилац једног *ius in re aliena*), те да ни у ком случају нема ни право да прибира плодове и у том смислу да стиче неко ново стварно право на њима.

Са друге стране, предности прихватања овакве конструкције су: додатно јачање позиције ретинента, који задржавањем плодова врши снажнији притисак на дужника и логично, има веће шансе у „убеђивању“ дужника да дуг што пре измири.⁸⁴⁰ Ово је уједно и решење ДЦФР-а, којим је предвиђено проширење ретенције и на одвојене плодове ретиниране ствари.⁸⁴¹ Међутим, оно што је значајно нагласити је да у концепту ДЦФР-а воља повериоца у овом случају игра кључну улогу, те ако он не жели проширење објекта ретенције – он то може уговором искључити. Стога, ако би се дозволило проширење ретенције на нов објекат (плодове ретиниране ствари), сматрамо

⁸³⁸ P., Basso, *op. cit.*, стр. 35.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ Ипак, заговорници овог става сматрају да је ово максимум користи који ретиненту треба законом признати, будући да је његово једино овлашћење – негативне природе, а то је: легитимно право на одбијање издавања ствари (главне ствари и одвојених плодова).

⁸⁴¹ DCFR, IX. – 2:306

да би услов за настанак те нове ретенције свакако требало да буде и воља ретинента, јер за њега је ово само додатна погодност, не и обавеза.⁸⁴²

Дакле, решење по коме би било могуће својеврсно проширење ретенције и на одвојене плодове ретиниране ствари, нам се чини сврсисходним, али не – по сили закона (што произлази из предлога о законском изричитом нормирању екстензивности). Додатни услов који би морао постојати је да - ретинент ову законску могућност не одбије. Акцент тако не би био на повериочевом прихватању ретенције одвојених плодова, већ на неодбијању, јер се подразумева да поверилац жели већу заштиту, а одбијање би била могућност за њега у случају да му је чување плода компликовано.

Нама се идеја проширења објекта чини нарочито прихватљивим у оним регулативама које ретенцију одређују искључиво као средство притиска на дужника, без признатог права на намирење из вредности задржане ствари. Ипак, са друге стране, у регулативама попут домаће, ретенција садржи и право намирења, попут заложног права, чиме се отвара следеће питање: да ли ретинент може имати и право на присвајање плодова, слично заложном праву?

3. *Одвојени плодови као објекат присвајања ретинента.* Четврто и последње решење представља и корак више у правцу остваривања интереса ретинента, а потенцијално и интереса друге стране – дужника.

А. *Аргументи у прилог присвајања плодова од стране ретинента.* Могућност да ретинент присвоји одвојене плодове, уместо да их само задржава, доноси извесне бенефите обема странама: ретинент присваја нову вредност коју може да користи, отуђи и уновчи, а у сваком случају, да се *обогасти за вредност присвојених плодова*. Ипак, овакво обогаћење није неосновано, будући да он према дужнику, власнику главне ретиниране ствари, има неизмирено потраживање чија висина делимично или у потпуности одговара вредности плодова. Поверилац присвајањем плодова сразмерно умањује износ дуга, те тиме посредно олакшава правни положај дужника. На тај начин дужник не бива додатно погођен губитком вредности присвојених плодова, јер спонтано добија шансу да „дугује мање“.

Као кључни аргумент у прилог усвајања наведеног става у доктрини се истиче *паралела са ручном залогом*. Наиме, у доктрини постоји схватање да је ретенција

⁸⁴² У италијанској доктрини се истиче да дужник ни на који начин не може принудити ретинента да прихвати овакав објекат ретенције, ако је то против његове воље. D'Avanzo, *Novissimo Digesto Italiano*, р. 178.

подврста ручне залогe⁸⁴³ или особена врста залогe,⁸⁴⁴ те да сходно томе за ретенцију важе иста правила, као и за ручну залогу. Између осталог, једно од тих правила је и следеће: „плодове које прибере ретинент може да *задржи*⁸⁴⁵ уз одбитак њихове вредности од обезбеђених трошкова, камате и главнице“.⁸⁴⁶

Осим претходно наведеног, у доктрини се као аргумент у прилог присвајања плодова од стране повериоца, истиче и то да је у домаћем ЗОО и у бројним другим регулативама,⁸⁴⁷ експлицитно предвиђено да ретинент има *право да се намири из вредности задржане ствари исто као заложни поверилац*, уз благовремено обавештење дужника о тој намери⁸⁴⁸. На основу ове одредбе може се извести закључак о спрези ова два института, коју је и сам законодавац на овај начин истакао. Као додатни аргумент у прилог оваквом схватању, се наводе и поједина решења упоредног права која такође у оквиру регулативе ретенције, нарочито у погледу начина намирења, експлицитно упућују на сходну примену одредаба закона о ручној залози.⁸⁴⁹

Коначно, анализом једног од предлога регулативе ретенције српског будућег права, увиђа се да је веза ретенције са ручном залогом још више подвучена. Тако, у Нацрту из 2011. године, последњом одредбом која се односи на ретенцију, упућује се у свему на: *сходну примену одредаба Нацрта о ручној залози*⁸⁵⁰.

Б. Контрааргументи за присвајање плодова од стране ретинента. Можемо издвојити барем 4 контрааргумента претходно изнетом предлогу.

Прво, ручна залогa је добровољно средство обезбеђења,⁸⁵¹ а насупрот томе, ретенција је право које настаје *ex lege*, дакле, не само без, већ и *директно против воље дужника* (који се чак дословно назива: *противником ретенције*).⁸⁵² Осим тога,

⁸⁴³ Оваква систематика постоји у ШГЗ, где се ретенција квалификује као подврста ручне залогe.

⁸⁴⁴ У питању је усамљени став у домаћој доктрини. Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 168.

⁸⁴⁵ На овом месту бисмо само скренули пажњу на употребљени термин: „*задржи*“, који очигледно у овом контексту не означава право ретенције (задржавања) одвојених плодова, јер се у наставку реченице наглашава: да се *вредност тих плодова одбија од укупног дуга*. Термин којим би требало заменити употребљени, је: *присвоји*, јер се овде очигледно на то мисли.

⁸⁴⁶ Интересантно је приметити да је чак и у италијанској доктрини (која највећим делом заговора став да је ретенција негативно овлашћење, изражен став да је ретенција право које је најсличније залози, те да као таква овлашћује ретинента на присвајање плодова. Ипак, поменути аутори не образлажу детаљније свој став, а нама се чини да он захтева додатну аргументацију. Видети: С., Caravelli, *Teoria della compensazione e di dirritto di ritenzione*, Milano, 1940., р. 314. Р., Basso, *op. cit.*, р. 32 и даље.

⁸⁴⁷ Упоредити: чл. 264 ОЗС; чл. 278 ЗООМ; чл. 75 ЗООХ; чл. 289 ЗООФБиХ и РС; чл. 296 ЗООЦГ.

⁸⁴⁸ Видети: чл. 289 ЗОО Србије

⁸⁴⁹ Упоредити са: чл. 898 ШГЗ

⁸⁵⁰ Чл. 527 Нацрта из 2011.

⁸⁵¹ Ручна залогa је уговорног карактера, дакле заснована: са вољом и уз пристанак дужника, што је у доктрини највише истицана разлика између ње и ретенције.

⁸⁵² На тај начин се задржавање врши на штету дужникових интереса, најчешће вансудским путем, а присвајањем одвојених плодова се његови интереси додатно погађају, као и његова воља.

диспозитивна одредба ЗОО о присвајању плодова од стране залогопримца се може уговором и искључити, па то није принудно одузимање својине, већ последица диспозиције сауговарача (ствар договора са дужником). Ако дужник не искључи присвајање плодова значи да их је својевољно препустио повериоцу, који постаје власник, али циљано – да би дошло до пребијања вредности плодова и потраживања. Код ретенције би, све било прописано законом, па дужник не би имао шансу да «спаси» својину на плоду и то би било присилно одузимање својине – императивно прописано законом, што би било противуставно.⁸⁵³

Друга критика оваквог решења изнета је у хрватској доктрини,⁸⁵⁴ а у вези са „суштином“ права ретенције, која не омогућава извлачење било каквих користи из задржаване ствари. Тако је водећа идеја да је сходна примена правила о залози применљива само на одговарајући начин, дакле: не ако је то у супротности са садржином ретенције.⁸⁵⁵ Чињеница је да код ретенције важи само сходна примена одредбе о техници намирења код залогe (која је за ова два права – иста). ЗОО изричито упућује на одредбе о намирењу залогопримца када је у питању и намирење ретинента, али то не значи да је сходна примена одредаба о залози адекватна и у осталим сегментима овог института. Наиме, ово се односи само на нерегулисана питања. Садржину ретенције чине само: овлашћење задржавања и намирења; док садржину ручне залогe чини шест овлашћења, а једно од њих је и у вези са плодовима и употребом.

Али, овде аналогија није применљива, јер се садржине ова два права обезбеђења разликују. Не можемо ово питање третирати као законом нерегулисано код ретенције, јер ретенција има другачију садржину од ручне залогe. Не може се аналогија примењивати за плодове, а да се истовремено не прави – када су у питању друга овлашћења залогопримца, попут: права следовања и допуне залогe. Управо поменути овлашћења представљају специфичну садржину ручне залогe, њена овлашћења, а то није нешто што је код ретенције остало нерегулисано, па да се сходно примени одредба

⁸⁵³ Коначно, нису ни сви плодови подједнако значајни дужнику, те није подједнако заинтересован за евентуални губитак својине на њима, путем њиховог присвајања од стране повериоца.

⁸⁵⁴ Ретенција представља „тек начин заштите потраживања, а не право уживања ствари“. Тако, ауторка закључује да овакав концепт „не одговара *biti* ретенције, нарочито у оним суставима који јој не дају *ius distrahendi*.“ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, str. 197.

⁸⁵⁵ Па пошто поменути аутор оцењује да је превасходни циљ ретенције – вршење притиска на дужника, а уз то и средство дозвољене самопомоћи, дакле изузетак од правила о забрани самовласног остваривања права, аутор закључује да овде нема места за аналогну примену правила о присвајању плодова код залогe.

о ручној залози. Наиме, та овлашћења (као ни оно о плодовима) не чине садржину ретенције, већ само ручне залогe и ту нема могућности за аналогију.

Трећи контрааргумент који се у доктрини истиче је немогућност изједначавања третмана плодова код ретиниране и заложене ствари, по основу правила о намирењу код ручне залогe, због *начела официјелности* заложног права.⁸⁵⁶

Четврти и најзначајнији контрааргумент, по нашој оцени (а који се занемарује у доктрини) је да ово решење није прихватљиво, јер се присвајање догађа против воље власника ствари. Наиме, ово је један особени вид *приватне експропријације* дужникове својине на ствари, а експропријација је дозвољена под тачно одређеним законским условима и то: 1) да се врши у јавном интересу; 2) да постоји тржишна накнада за одузету имовинску вредност; и 3) да су у питању непокретне ствари. У овом конкретном случају је дужник стекао својину моментом одвајања плода; као уставом и законом гарантовано право. Истовремено, ретинент није савесни држалац туђе ствари (терминологија ЗОСПО), па не може одвајањем плодова постати њихов власник. Наиме, он зна да је плод туђа ствар.

Ако би дужнику законом била одузета својина на плоду, коју је претходно стекао *ex lege* и потом додељена његовом повериоцу – овакав правни епилог је не само нелегитиман, већ и неуставан. Наиме, експропријација је дозвољена само изузетно и то у случају постојања општег интереса и то уз накнаду; а овде је реч искључиво о два супротстављена, приватна интереса; и присвајању туђе својине - без накнаде. Из тог разлога није адекватан аргумент да ће се на овај начин поверилац намирити, те да ће тако настати имовинска равнотежа.

В. Критички осврт на претходно изложене контрааргументе. Први наведени контрааргумент је прихватљив донекле: проширивање домашаја ретенције свакако представља додатно задирање у имовинске интересе дужника, али не нужно против његове воље. У ситуацији иницијално невољно засноване ретенције, присвајање плодова од стране ретинента може бити и одобрено од стране дужника, коме је ово свакако у интересу, у циљу смањења износа главног дуга. Друго, чак и ако је ретенција плодова противна вољи дужника, то није ништа мање основано у односу на иницијално засновану ретенцију, која је такође у нескладу са његовим имовинским интересима (мада ретенција значи ограничење, а не губитак својине на ствари).

⁸⁵⁶ Наиме, процедура намирења код залогe подразумева судску (а изузетно и вансудску) продају ствари у циљу намирења, док присвајање плодова ретиниране ствари представља пуко, фактичко присвајање, без било каквог учешћа суда.

Ibid.

Следећи изнети контрааргумент тиче се истакнутог неуклапања присвајања плодова ретиниране ствари у концепт начела официјелности заложног права. Међутим, нама се чини да је јасна разлика између: а) присвајања плодова у току трајања фазе обезбеђења и б) начина намирења продајом, по правилу судском, у фази принудне реализације главног потраживања, за обе врсте права обезбеђења. Концепт продаје ових средстава обезбеђења је у оба случаја усклађен са начелом официјелности. Са друге стране, присвајање плодова је посебно позитивно овлашћење заложног повериоца, односно ретинента, које се одвија вансудски, тек посредно повезано са начином касније евентуалне продаје заложене, односно ретиниране ствари (вредност плодова се одбија од износа потраживања).

4. *Могућност заснивања нове ретенције на одвојеним плодовима.* Треће могуће решење је да за плодове законом ништа не буде прописано, као и у домаћем позитивном праву, јер се препушта повериоцу да одлучи: да ли ће на плодовима, као засебној ствари, засновати нову ретенцију под законом прописаним условима или неће. Он плодове већ држи и није их стекао силом. Ово је, по нашој оцени, решење које је најбоље, јер не даје никакав привилегован третман плодовима, као објекту ретенције.

Оправданост оваквог решења је у чињеници да ова правна последица не настаје по сили закона, већ је питање избора повериоца. А заснивање нове ретенције пружа исте могућности као и екстензивност постојеће, а не захтева чак ни негативну изјаву воље повериоца. Ово решење стога оцењујемо као најадекватније, јер не захтева посебну правну норму, не условљава последице по сили закона, а даје могућност повериоцу – да у складу са својом вољом евентуално заснује нову ретенцију на новом објекту (плодови) и тиме своје интересе свеобухватније заштити.

Г. *Закључно разматрање о правној судбини плодова ретиниране ствари.* На основу свега претходно реченог, након критичке оцене постојећих законских решења, као и аргумената и контрааргумената доктрине, можемо извести коначан закључак о плодовима, као потенцијалном објекту ретенције.

Сматрамо да је једини адекватан закључак из домаћег и других права да плод након одвајања припада власнику ретиниране ствари и да нигде није забрањено да и он остане задржан у рукама повериоца и то као нов објекат – новог права ретенције, што оцењујемо као добро решење.

Једини могући правац измене у домаћем праву *de lege ferenda*, по нашој оцени може бити решење ДЦФР-а, у ком је изричито дозвољено проширење ретенције на одвојене плодове, али диспозитивном нормом – коју странке могу у конкретном

случају и искључити. Ово решење би било корак даље у хармонизацији националног решења са ДЦФР-ом, као наднационалним модел-правилем (што је обавеза коју је Србија преузела потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању). Ово решење предвиђа увођење начела екстензивности, осим ако то ретинент изричито не одбије.

1.1.3. Покретне ствари које увек могу бити објекат ретенције

Иако се често у доктрини наилази на став да се скоро све покретне ствари могу задржавати, елиминацијом више категорија ствари, претходно наведених у раду, увиђа се да круг покретних потенцијалних објеката ретенције није неограничен. У делу домаће доктрине⁸⁵⁷ се тако закључује да намера законодавца није била да појам «нека ствар» буде тумачен екстензивно, већ да му се прида ужи смисао. У контексту домаће регулативе, као и других које следе швајцарски модел, део доктрине ово оцењује као тачно.

Међутим, то није случај у групи регулатива које одвојено регулишу грађанску ретенцију од трговачке, те које у њој препознају искључиво средство вршења притиска на неуредног дужника, без могућности намирења из задржаване ствари. Ову групу регулатива можемо означити као ону у којима је ствар објекат обичне ретенције (некомерцијални концепт објекта), будући да се у њему задржавана ствар не сагледава као непосредна економска вредност; на супрот другој групи регулатива у којима је ствар објекат квалификоване ретенције (комерцијални концепт објекта).

А. Ствар као објекат обичне ретенције у упоредном праву (некомерцијални концепт објекта)

У претходно поменутиим регулативама ретенција редовно бива заснована на широком кругу објеката, па тако и на стварима без икакве имовинске вредности. У немачкој, аустријској, француској, италијанској регулативи грађанске ретенције, али и у регулативама англоамеричког права,⁸⁵⁸ у категорију покретних ствари које се могу

⁸⁵⁷ В., Благојевић, В., Krulj, *nav. delo*, стр. 1001.

⁸⁵⁸ С обзиром да је *possessory lien* један од најстаријих типова *common law lien-a* у англоамеричком праву, он се стриктно везује за посед покретне ствари, овлашћујући *lienor-a* само на задржавање (неиздавање) овакве ствари *lienee-u* (дужнику), због чега објекат *lien-a* без сметње могу бити различити документи и друге неуновчиве ствари дужника. Више о (начелно дозвољеном) задржавању докумената у

скоро безусловно задржавати спадају све оне које претходно нисмо уврстили у: а) оне које *никада* не могу бити објекат ретенције (ван правног промета; збир ствари; и будуће ствари); као и б) оне које су *условно* подобне за ретенцију (генеричке ствари, хартије од вредности; потрошне и заменљиве ствари; плодови). Њих бисмо дакле могли да одредимо као све остале ствари, ван ових категорија.

Тако се покретним стварима подобним за заснивање ретенције сматрају следеће: индивидуално одређене и индивидуализоване генеричке; дељиве и недељиве; главна ствар и припадак; збир ствари (ако ствари из збира припадају истом власнику) и коначно, проценљиве и непроценљиве. Неке од непроценљивих ствари које су у судској пракси ових земаља означене као подобне за ретенцију која не садржи овлашћење намирења су следеће: различити документи,⁸⁵⁹ приватна кореспонденција, разни папири, фактуре, радна књижица⁸⁶⁰, као и оне мање типичне, попут картотеке на магнетној подлози⁸⁶¹ и бројне друге.

У новије време се у француској доктрини дискутује и о могућности задржавања предмета тзв. уметничке својине, тј. о материјализованим објектима ауторског права, као што су књижевни, научни, историјски рукописи и сл.⁸⁶², под условом да се тим актом не повређују морална права аутора.⁸⁶³ Све ово указује на могућности даљег проширења круга потенцијалних објеката ретенције у савременом праву, а у циљу заштите легитимних интереса ретинента. Истовремено, овај тренд проширења концепта „објеката подобних за ретинирање“ по правилу не важи за трговачку ретенцију у овим регулативама, јер она мора бити заснована на стварима, које нужно морају имати имовинску вредност, како би се могле изложити продаји при реализацији другог признатог овлашћења (*ius distrahendi*).

англосаксонском праву видети код: Н., Beale, М., Bridge, L., Gullifer, E., Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, Н., Beale, М., Bridge, L., Gullifer, E., Lomnicka, Oxford University Press, 2012., стр. 2086.

⁸⁵⁹ Француска доктрина наводи пример дозвољене ретенције докумената дужника од стране књиговође, који их задржава као гаранцију за своје хонораре и по том основу одбија да их преда пореској управи, чинећи тиме да његов дужник заслужи пенале. Х., Henry, et alia, *Code Civil*, Paris, Dalloz, 2010., стр. 2247. Тако и: Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB*, II §§ 255-292, 2012., стр. 155.

⁸⁶⁰ М., Volmer, *op. cit.*, стр. 18; F., Korn, *op. cit.*, стр. 34-35.

⁸⁶¹ У француској литератури се истиче као пример из француске судске праксе пресуда у којој је картотека на магнетној подлози означена као телесна ствар, подложна детенцији и иако без имовинске вредности, оцењена као адекватан објекат ретенције (која је у француској концепцији редукована на вршење притиска на дужника). Видети: Х., Henry, et alia, *op. cit.*, стр. 2246.

⁸⁶² Насупрот томе, у швајцарском праву се ретенција оваквих објеката сматра асполутно недопуштеном, због прихваћеног тзв. комерцијалног модела објекта ретенције (чл. 896 ШГЗ). Више о томе: К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 402.

⁸⁶³ Више о томе: P., Malaurie, L., Aynes, *Cours de droit civil*, Les sûretés, Édition Cujas, Paris, 1986., стр. 116.

1. Предности непроценљивих ствари као објекта ретенције у упоредном праву.

У немачкој доктрини се ствари које представљају адекватне предмете права задржавања, одређују веома широко. Ово је вероватно последица чињенице да се ретенција немачког права уопште не ограничава на ретенцију ствари, већ овај модалитет института регулише тек секундарно.⁸⁶⁴ Са друге стране, концепт АГЗ редукује ретенцију на материјалне ствари, не проширујући идеју задржавања на права.⁸⁶⁵

Ипак, када је у питању упоредноправно најзаступљенији тип задржавања - ретенција ствари, концепт задржавања *било које ствари*, па и оне без икакве имовинске вредности, по правилу налази своје оправдање у слабијем дејству грађанске ретенције ове групе регулатива у односу на трговачку. Идеја је да се на дужника изврши максималан притисак да обавезу према повериоцу испуни, а тај притисак се некада делотворније остварује задржањем ствари које имају нпр. само афекциону вредност.

У италијанској⁸⁶⁶, француској⁸⁶⁷ и немачкој доктрини⁸⁶⁸ је општеприхваћен став да је једини предуслов везан за објекат ретенције, тај да ствар мора бити у правном

⁸⁶⁴ Примарни објекат ретенције немачког права јесте чинидба, а чак и поједина права, што иначе не важи за остале регулативе из ове групе. Немачки аутори као пример *задржавања права* наводе „задржавање давања пристанка за брисање одређених чињеница из земљишних књига“, уз оправдање да су таква права „слична стварним правима, тј. правима на ствари“. Söergel, Kommentar zum BGB, стр. 550; Palandt, O., Bassenge, P., Bürgerliches Gesetzbuch, Beck, 2002., стр. 339.

⁸⁶⁵ F., Gschnitzer, Sachenrecht, Wien, 1968., стр. 205.

⁸⁶⁶ У италијанској доктрини се ипак прави разлика између уобичајене тзв „просте“ ретенције, која представља само средство притиска и тзв. „повлашћене“ ретенције, која је нека врста законске привилегије, гаранције која даје и право намирења из вредности задржане ствари. У другој наведеној ситуацији ретенција ипак подразумева објекат који је подложен уновчењу. Видети: D'Avanzo W, Voce Ritenzioni (diritto di), in Novissimo Digesto, Torino, Utet, 1969, стр. 173; L. Mezzanote, Il diritto di ritenzione dall' autotutela alla pena privata, in Quaderni della Rassegna di diritto civile, diretta da P. Perlingieri, 1995., стр. 76.

⁸⁶⁷ Бројни примери из француске судске праксе доказују могућност задржавања различитих докумената дужника (као ствари иначе неподобних за уновчење), уз обавезни услов конекситета (који је услов ретенције француског права). Са друге стране, у немачкој судској пракси наводе се следећи објекти права задржавања као дозвољени: задржавање испоруке струје од стране дистрибутера услед заостатка плаћања из неког ранијег уговорног односа; задржавање рачуна везаног „уз пријем чинидбе“ (ако је чинидба пружена, онда рачун може да се задржи као обезбеђење насталих трошкова). У француској доктрини се наводи следећи *пример ретенције докумената* дужника од стране повериоца у циљу вршења притиска на њега да измири дуг по истом правном основу. Из пресуде Касационог суда Француске од 16. марта 1965. произлази следеће: једно кредитно друштво је одобрило два зајма одређеном трговцу за куповину два возила. При сачињавању залог (чији је саставни део ретенција – у концепцији француског права) у циљу обезбеђења потраживања финансирања продаје на кредит, стране су договориле предају докумената која се односе на возила – зајмодавцу. С обзиром да клијент није редовно измиривао обавезе по кредиту, друштво је желело да врши право ретенције до извршеног плаћања. Апелациони суд је ретенцију одбио као непуноважну, али је Трговачка комора Касационог суда признала легитимност овакве ретенције, будући да „детенција докумената и потраживање имају свој извор у истом правном односу“ (правни конекситет). Дакле, овде је вршена процена адекватности услова конекситета, а уопште није доведена у питање могућност заснивања ретенције на документима, као стварима без економске вредности, неподобних за продају. Нав. према: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 34.

⁸⁶⁸ О примерима из немачке судске праксе видети: Staudinger, Gursky, J, *op. cit.*, стр. 154.

промету, док не мора бити заплењива, ни имати материјалну вредност. Овакво опредељење наведених законодаваца омогућава флексибилан, еластичан приступ бројним објектима ретенције, који се *a priori* не елиминишу из круга потенцијалних предмета ретенције, а разноврсни су и могу се наћи у поседу различитих поверилаца.

Ипак, поједине категорије оваквих (незаплењивих и непроценљивих) ствари могу бити искључене као објекат ретенције и у овим регулативама, али не из разлога што се не могу уновчити, већ из неких других, попут: 1) неспојивости са природом дуговане обавезе (посебна природа уговорног односа, попут давања налога за поступање на одређени начин са предатом ствари); 2) начела савесности и поштења; 3) из разлога противности нормама јавног поретка⁸⁶⁹; 4) због противности посебно закљученом уговору (којим су поверилац и дужник искључили право задржавања у конкретном случају); или 5) услед неспојивости са општим условима пословања.

2. *Ограничења ретенције одређених категорија непроценљивих ствари.* У немачкој доктрини,⁸⁷⁰ која се детаљно бавила овом проблематиком, истиче се да право задржавања може настати и на стварима које се „не могу заложити, нити отуђити“, осим ако се заснивањем ретенције повређује начело савесности и поштења. Тако је посебном одредбом НГЗ⁸⁷¹ *ipso iure* искључено задржавање пуномоћја од стране правног заступника, иако је у питању документ дужника, тј. категорија ствари које начелно могу бити предмет ретенције у овој регулативи. Осим тога, низом посебних одредаба НГЗ, али и појединим посебним законима и подзаконским актима је искључена ретенција појединих врста ствари,⁸⁷² превасходно због повреде начела савесности и поштења.

Са друге стране, у француској доктрини, која је заслужна за формирање ставова судске праксе о овом питању (у ситуацији непостојања законске одредбе о дозвољеном

⁸⁶⁹ § 242 НГЗ. У контексту одбијања ретенције уз позивање на начело савесности и поштења, аутор наводи интересантан пример недозвољене ретенције животиње, конкретно, узгајане пудле, на основу § 1 Закона о заштити животиња, који их означава као „сродне душе човека“.

⁸⁷⁰ Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB* - Buch 3: Sachenrecht, BGB, III §§ 985-1011, 2012., стр. 385.

⁸⁷¹ § 175 НГЗ

⁸⁷² У литератури се тако наводе следећи случајеви ствари које се не могу задржавати: парцела која се изнајмљује или даје у закуп, не сме се задржавати након завршетка односа изнајмљивања или закупа (§ 556 ст. 2; 580, 581 ст. 2). L.G. Braunschweig DR, 1941, стр. 2568; Ретенција је даље искључена у § 233 Уредбе о стечају, као и у § 1416, 1425 Уредбе о осигурању Рајха. Врховни суд Немачке је такође указао да ретенција није могућа на исплати акционарског капитала у новцу и сл; затим, код ревалоризације хипотеке не признаје се право задржавања из вишег личног потраживања и сл. Наведено према: Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB*, II §§ 255-292, 2012., стр. 154.

објекту ретенције), истиче се да задржана ствар не мора имати економску вредност, али да мора бити „отуђива и заплешива“.⁸⁷³

Упркос начелно дозвољеној ретенцији докумената дужника, као важна ограничења права задржавања која је издвојила немачка судска пракса, су и она *јавноправног карактера*, попут: забране задржавања пасоша; забране ретинирања возачке дозволе од стране власника ауто школе; као и забране ретенције чинидбе одржавања депоније.⁸⁷⁴

Б. Ствар као објекат квалификоване ретенције у упоредном праву (комерцијални концепт објекта)

У домаћој,⁸⁷⁵ у регулативама из нашег окружења⁸⁷⁶, као и у швајцарској⁸⁷⁷ подела ствари на *проценљиве и непроценљиве*⁸⁷⁸ има суштинску важност за квалификацију једне ствари као прикладног објекта ретенције. У овим регулативама је, по правилу, експлицитно забрањена ретенција ствари које се „не могу изложити продаји“. Став швајцарске доктрине⁸⁷⁹ је да се на стварима које се не могу изложити продаји може конституисати само тзв. уговорна ретенција (конвенционална), не законска. Притом, под овим називом се подразумевају две различите категорије ствари⁸⁸⁰: 1) незаплешиве,⁸⁸¹ и 2) ствари које немају материјалну вредност. Ово је важно истаћи, будући да у бројним регулативама (па и у домаћој) не можемо констатовати, за разлику од претходне групе, да све остале покретне ствари могу бити

⁸⁷³ G., Marty, P., Raynaud., *op. cit.*, стр. 20.

⁸⁷⁴ *Ibid.* Притом, трећа ситуација коју поменути аутор наводи (задржавање одржавања депоније), очигледно није ретенција материјалне ствари, већ ретенција чинидбе, те се не уклапа у овај контекст, али је важан показатељ владајућег схватања немачке доктрине, која не прави јасну разлику између задржавања ове две врсте „објеката“, будући да оба варијетета означава као облигациона права.

⁸⁷⁵ Чл. 287 ст. 2 ЗОО

⁸⁷⁶ Чл. 73 ст. 2 ЗООХ: „On ne može zadržati ni punomoć dobivenu od dužnika, a ni druge dužnikove isprave, iskaznice, dopise i ostale slične stvari, kao ni druge stvari koje se ne mogu izložiti prodaji“. Тако и: чл. 262 ст. 2 ОЗС; чл. 294 ст. 2 ЗООЦГ; чл. 276 ст. 2 ЗООМ; чл. 287 ст. 2 ЗОО Републике Српске.

⁸⁷⁷ Чл. 896 ст. 1 ШГЗ

⁸⁷⁸ Проценљиве ствари су оне које имају употребну и прометну вредност, које се могу новчано изразити (а чија се цена одређује према објективном или субјективном мерилу), за разлику од непроценљивих (које могу потенцијално имати само афекциону вредност). Тако и: Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 10.

⁸⁷⁹ К., Ofinger, *op. cit.*, стр. 402.

⁸⁸⁰ Притом, у овој истој одредби (чл. 287 ЗОО) домаћи законодавац изузима као објекат ретенције и оне ствари чији је промет апсолутно забрањен, уз категорију незаплешивих и ствари без икакве економске вредности.

⁸⁸¹ У домаћем праву као незаплешиве ствари можемо означити оне покретне ствари које су по ЗИО-у изричито изузете од извршења. Raniji Zakon o izvršenju i obezbeđenju („Službeni glasnik RS”, br. 31/11, 99/11 – dr. zakon, 109/13 – US, 55/14 i 139/14) prestao da važi 1. jula 2016. godine. Videti novi: Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015.

ретиниране. Овде постоји допунско ограничење објекта ретенције, а то је - економска вредност задржане ствари.⁸⁸²

С обзиром да је ова разлика једна од суштинских у претходно наведеним моделима, чини нам се целисходним детаљније испитивање разлога који су законодавце прве групе регулатива подстакли да: а) ретенцију дозволе на свим стварима неограничено; и обрнуто б) разлоге који су домаћег законотворца и још неке, мотивисали да ограниче круг потенцијалних објеката ретенције, постављањем додатног услова, а то је подобност ствари за уновчење. Правне последице оваквог опредељења су значајне: тиме се директно утиче на ширину примене ретенције у пракси.

1. *Шта не може бити објекат ретенције у комерцијалном концепту?* До доношења ЗОО 1978. год., знатан број домаћих аутора је, у складу са тада важећом концепцијом цивилне ретенције, сматрао да објекат овог права могу бити начелно све покретне ствари, па и незаплењиве, непроценљиве, ствари несразмерно мале или чак никакве тржишне вредности. Разлог томе је било схватање цивилне ретенције као средства вршења легитимног притиска на неуредног дужника, чији је једини и коначни циљ било издејствовање извршења дуговане обавезе.

Међутим, након доношења ЗОО и то не само у домаћој регулативи, већ и у свим из нашег окружења (регулативе земаља насталих распадом СФРЈ), следи се другачији концепт ретенције, базиран на јединственом моделу грађанске и трговачке ретенције, по узору на швајцарско решење⁸⁸³. Реч је о квалификованој ретенцији која подразумева и допунску могућност намирања из претходно задржане ствари, те стога највећи део домаће доктрине (као и доктрине суседних земаља), оправдано закључује да оваква концепција *a priori* онемогућава заснивање ретенције на објектима који немају тржишну вредност.

Са друге стране, ретки су аутори који сматрају да чињеница да трговачка и грађанска ретенција имају исту садржину у домаћем праву - не условљава настанак ретенције могућношћу уновчења ретиниране ствари, будући да се ретинент може задовољити и остварити циљ ретенције и пуким задржавањем, тј. одбијањем издавања

⁸⁸² Видети: Чл. 287 став 2 ЗОО: „Он не може задржати ни пуномоћје добијено од дужника, као ни друге дужникове исправе, легитимације, преписку и остале сличне ствари, као ни друге ствари које се не могу изложити продаји“.

⁸⁸³ Видети: чл. 895-898 ШГЗ

ствари дужнику. Ову могућност наводи аутор⁸⁸⁴ који оцењује да: „није правично, нити правилно тумачити закон уско, када већ законска формулација није недвосмислена“.⁸⁸⁵

Међутим, сматрамо да такво тумачење није прихватљиво, јер је подобност ретиниране ствари за продају јасно у закону назначена као предуслов настанка ретенције, те можемо означити као негативни услов ретенције – неуновчивост ствари. Дакле, иако су испуњени сви позитивни законски услови, овај «негативни» искључује конституисање ретенције на таквој врсти ствари. Наиме, ретенција је регулисана као јединствено, целовито право са садржином коју чине два овлашћења: задржавања и намирења. У ЗОО је дакле, императивном нормом одређена садржина ретенције кроз два овлашћења и кроз услове за ретенцију као јединствено право, које се не може «цепати», тако што би се за свако овлашћење предвидела другачија категорија ствари подобних за ретинирање.

Ма колико се слагали са оценом да другачије решење оставља велики неискоришћени потенцијал неуновчивих ствари, као потенцијално подобних објеката за „просто“ задржавање, сматрамо да закључак, као ни пратеће образложење поменутог аутора није адекватно. Иако би сугерисано решење било корисно у домаћим условима, не можемо се сложити са претходно изнетим ставом. Сматрамо да је у закону јасно наведено да је предуслов задржавања, а не само намирења подобност ствари за уновчење.⁸⁸⁶ У чл. 287 ЗОО прописано је следеће: „Он не може задржати... ни друге ствари које се не могу изложити продаји“. Дакле, очигледно је да је домаћи законодавац условио могућност задржавања посебним квалитетом ствари која је објекат ретенције – а то је њена подобност за уновчење. Применом логичког тумачења *argumentum a contrario*, закључујемо да није остављена сумња у погледу могућности задржавања ствари супротног квалитета (неуновчивих из било ког разлога).

1.1. Законска забрана ретенције ствари неподобних за намирење. У бројним регулативама из нашег узорка (са тзв. комерцијалним концептом објекта ретенције) је у самом законском тексту готово идентично формулисана забрана ретенције ствари неподобних за намирење.⁸⁸⁷ Одредба домаће регулативе,⁸⁸⁸ којој су слична остала решења из ове групе гласи: „Он (*поверилац, прим. аутора*) не може задржати ни

⁸⁸⁴ Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 27.

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ Видети полемику: В., Vizner, Primjedbe na članak Mr Jovana Gucunje o „Uslovima za vršenje prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, vol. 52, 1/1980., str. 29 – 30.

⁸⁸⁷ Видети: чл. 73 ст. 2 ЗООХ; чл. 294 ст. 2 ЗООЦГ; чл. 262 ст. 2 ОЗС; чл. 276 ст. 2 ЗООМ; и чл. 287 ст. 2 ЗООФБиХ и Републике Српске.

⁸⁸⁸ Чл. 287 ст. 2 ЗОО

пуномоћје добијено од дужника, као ни друге дужникове исправе, легитимације, преписку и остале сличне ствари, као *ни друге ствари које се не могу изложити продаји*.“

На овом месту ћемо анализирати последњи део наведене законске формулације: «ни друге ствари које се не могу изложити продаји». Притом, оваква формулација отвара питање: да ли је разлог искључења за све наведене ствари исти?

а) Једна категорија ствари или више према ЗОО? Претходно наведену законску формулацију поједини аутори⁸⁸⁹ коментаришу као јасну, а врсту ствари које су у њој набројане очигледно схватају као обухваћену заједничком формулацијом: „*ни друге ствари које се не могу изложити продаји*“. Тумачењем текста ове одредбе заиста би се могао извући закључак да је у питању једна иста категорија ствари чији је заједнички именитељ да су неуновчиве: при чему се поједине експлицитно наводе (реч је о набрајању *exempli causa*), а друге се обухватају формулацијом „*ни друге ствари које се не могу изложити продаји*“.

Ипак, сматрамо да је подробнијом анализом ове одредбе могуће уочити три различите категорије ствари, које закон искључује као објекте ретенције, али не искључиво на основу једног наведеног критеријума – немогућности излагања продаји.⁸⁹⁰ Те три категорије ствари, по нашем мишљењу, су следеће: 1) оне чије је задржавање искључено јавним поретком, по сили закона (пуномоћје, јавне исправе и легитимације које издају надлежни државни органи); 2) ствари које су незаплењиве⁸⁹¹ и 3) ствари које су непроценљиве, тј. које немају тржишну вредност. (оне које немају никакву вредност или имају евентуално афекциону, нпр: преписка, писма, слике и сл).⁸⁹² Неки аутори у ову групу чак сврставају и ствари несразмерно мале вредности у

⁸⁸⁹ С., Перовић, Коментар закона о облигационим односима, стр. 671; Лексикон облигационог права, И., Бабић, стр. 281; Правна енциклопедија 1, стр. 527; В., Билбија, *нав. дело*, стр. 94; Н., Gavella, *нав. дело*, стр. 899.

⁸⁹⁰ На неспретност ове законске формулације упућивано је у литератури, међутим нама се чини интересантном чињеница да је идентична формулација укључена у законске текстове свих бивших република СФРЈ, без изузетка, чак и након редиговања појединих, упркос упозорењима тамошње доктрине. О мањкавости и непрецизности поделе у хрватском праву: С., Petrić, *нав. дело*, стр. 227. Новим хрватским законом о обвезним односима поновљена је иста формулација одредбе садржане у ранијем ЗОО. Упоредити: чл. 73 ст. 2 важећег хрватског ЗОО и чл. 287 ст. 2 ранијег хрватског ЗОО.

⁸⁹¹ Чл. 19 ст. 5. и 6. Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије: „Предмети извршења не могу бити ствари изван промета, као ни друге ствари које закон искључује. Предмети извршења не могу бити објекти, оруђе и опрема намењени одбрани и безбедности државе.“ Видети: Закон о извршењу и обезбеђењу ("Sl. glasnik RS", бр. 31/2011, 99/2011 - др. закон, 109/2013 - одлука УС, 55/2014 и 139/2014). Видети најновије измене: „Сл. Гласник РС“ 106/2015.

⁸⁹² Више о томе: Лексикон грађанског права, *нав. дело*, стр.167; Правна енциклопедија, *нав. дело*, стр. 454; I., Babić, *Pravo zadržanja i njegova primena*, стр. 592; М., Vedriš, Р., Klarić, *нав. дело*, стр. 417. У делу доктрине је изнет став да је разлог изузимања непроценљивих и других ствари неподложних продаји, тај што по

односу на обезбеђено потраживање, из којих се ретенент не би могао наплатити у фази намирања.⁸⁹³

У доктрини⁸⁹⁴ се законска формулација овог типа оцењује као језички непрецизна. Тако, исправе и легитимације могу бити двојаког порекла: јавне и приватне, с обзиром на издаваоца. Сматрамо да није свеједно да ли их: 1) издаје јавни орган: пр. лична документа (када је њихова ретенција забрањена *ipso iure*) и када су 2) приватног карактера (чланске карте, легитимациони папири и знаци и сл.). Приватне исправе обухватају још и: пословне књиге, различита уверења, потврде и сл., што се у претходном моделу регулатива сматра подобним објектом права задржавања. Због свега наведеног, наше је мишљење да ова критика стоји.

Нама се чини да је наведена формулација одраз тенденције законодавца да максимално прошири круг објеката неподобних за намирање (из било ког разлога)⁸⁹⁵. Ова формулација чини нам се проблематичном, јер оно што наведене ствари наводно, по слову закона, чини „сличним“, онемогућава изналажење заједничког *ratio* овакве одредбе⁸⁹⁶. Истовремено, услед непрецизности ове одредбе, могућа су и другачија тумачења, што узрокује неуједначену примену ретенције у пракси, а тиме нарушава правну сигурност, што је негативан исход. А заправо ово је могло лакше и прецизније бити формулисано по узору на норму ШГЗ, која прави дистинкцију три врсте ствари: 1) у ставу 1 чл. 896 ШГЗ се искључују *ствари које се не могу изложити продаји*, тј. „ствари чија природа не дозвољава процену вредности и реализацију“ да би била објекат ретенције⁸⁹⁷; 2) у ставу 2 истог члана искључује се ретенција ако је *противна обавези* коју је поверилац преузео или *налогу* који му је упутио дужник (пре или

правилу „имају лични карактер и код којих је могућа злоупотреба права и уцена дужника услед њихове: емоционалне, моралне или друге имовинске вредности“. Видети: В., Благојевић, В., Krulj, *nav. delo*, стр. 1001. Нама се ипак чини да ова аргументација не стоји, јер је о злоупотреби права и повреди начела савесности и поштења суд овлашћен да води рачуна у сваком конкретном случају, те сматрамо да овакве опасности ни код ретенције нема, изузев када случај не дође пред суд. Штавише, сматрамо да је иницијални, а вероватно и једини прави разлог опредељења домаћег законодавца да забрани ретенцију оваквих ствари – могућност намирања повериоца из њене вредности.

⁸⁹² Тако и: Oftinger, К., *op. cit.*, стр. 401.

⁸⁹³ Видети: С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 65.

⁸⁹⁴ С., Petrić, *nav. delo*, стр. 227.

⁸⁹⁵ Тако и: В., Благојевић, В., Krulj, *nav. delo*, стр. 1001. Овакво тумачење је и у складу са законском могућношћу проширења ове групе ствари као законом искључених објеката ретенције и неким новим, у складу са формулацијом: „и остале сличне ствари“.

⁸⁹⁶ Тако и: С., Petrić, *nav. delo*, стр. 228.

⁸⁹⁷ Тако и: Oftinger, К., *op. cit.*, стр. 401.

приликом предаје ствари) и 3) искључена је ретенција ствари чије се задржавање *противи правилима јавног поретка*, тј. императивним нормама.⁸⁹⁸

Изузимајући другу по реду категорију ствари наведених у чл. 896 ШГЗ,⁸⁹⁹ прва и трећа су заправо исте оне које су обухваћене у чл. 287 ст. 2 домаћег ЗОО, само језички лепше и прецизније изражене.

2. *Швајцарски мешовити модел објекта ретенције*. У швајцарском праву,⁹⁰⁰ дозвољени објекат ретенције је двојачко регулисан. Наиме, када је у питању ретенција из ШГЗ која садржи задржавање и намирење, ретенција неуновчивих ствари је експлицитно забрањена. Међутим, за разлику од опште ретенције која је квалификована у ШГЗ, постоји и њен особени модалитет, који омогућава ретенцију неуновчивих ствари, тзв. *облигациона ретенција*⁹⁰¹, која је по својој садржини *обична ретенција*. Реч је о посебној врсти ретенције која је регулисана у ШЗО, а чији објекат нема ограничења, тј. то може бити свака ствар подобна за задржавање.

Тиме је швајцарски законодавац, по нашем мишљењу, адекватно издвојио ствари из којих је могуће остварити намирење, као праву сврху једног реалног права обезбеђења. Насупрот томе, неуновчиве ствари, као неадекватан предмет намирења, ипак нису елиминисане као апсолутно неподобан објекат ретенције, јер оне могу бити ефективно задржаване и остваривати онај први, базични, традиционални ефекат ретенције, а то је вршење притиска на дужника.

Овакво двојно решење објекта ретенције у швајцарском праву заправо значи да је у питању својеврстан *мешовити модел објекта ретенције*, а не чист комерцијалан, како се у доктрини обично означава (а какав иначе постоји у српском праву). Дакле, иако је комерцијални концепт објекта ретенције у швајцарском праву - правило, чињеница је да паралелно у ШЗО постоји и ретенција редуковане садржине - као изузетак, а чији је објекат знатно шири, јер може бити задржавана и неуновчива ствар.

3. *Предлог за српско право de lege ferenda*. У хипотези задржавања комерцијалног модела објекта ретенције и у будућем српском праву, сматрамо

⁸⁹⁸ Овде спадају, по нашем мишљењу, измеђе осталог и: ретенција личне карте, пуномоћја и сл. Тако и: Tuor, Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 1979, стр. 737.

⁸⁹⁹ Ово се односи на специфичну забрану ретенције ствари у ситуацији постојања: преузете обавезе повериоца за одређеним поступањем према ствари или датог налога упућеног од стране дужника,

⁹⁰⁰ Чл. 896 ШГЗ

⁹⁰¹ Швајцарска доктрина ову врсту ретенције везује за случајеве несвршених синалгаматичких уговора, који се односе на задржавање чинидбе (а не на индивидуално одређене ствари), које накнадно настају током извршења уговорних обавеза, а не представљају главне обавезе странака. Ту спада задржавања предаје ствари без имовинске вредности и обавезе настале током извршења уговора о депозиту, послузи, налогу и др.). К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 400.

најадекватнијом следећу стилизацију ове законске одредбе: Поверилац не може задржати ствари: 1) *чије је ретинирање супротно* јавном поретку; као и 2) ствари које се не могу изложити продаји, а то су: а) *незаплењиве* и 2) *непроценљиве*. У свим овим ситуацијама реч је о *немогућности продаје ствари* због неког од три могућа, претходно наведена разлога. Досадашње законско набрајање *exempli causa* тада постаје непотребно; норма сажетија, јаснија, а ипак довољно прецизна и разграничавајућа. Тиме би се подвукао коначни циљ ретенције, у њеној финалној фази, а то је реализација обезбеђеног потраживања из износа новца оствареног продајом задржане ствари, тј. уновчење.

Међутим, може се поставити и питање: да је ли овакав концепт објекта ретенције сврсисходан и да ли би га требало изменити или допунити *de lege ferenda*? *Ratio* могућег признавања задржавања неуновчивих ствари је следећи: зашто повериоцу доспелог, ненамиреног потраживања законом *a priori* ускратити могућност вршења ретенције, ако већ има у рукама дужникову ствар чијим би задржавањем могао да оствари жељени притисак и издејствује извршење дуговане престације? Поседовање оваквог предмета и одбијање његовог издавања може бити у пракси и вишеструко ефикасније од ретенције уновчивих ствари, под условом да су аспирације ретинента тиме задовољене. Део домаће доктрине јесте опредељен за проширење објекта ретенције у будућем српском праву, али са друге стране ниједан аутор подробније не предлаже како то учинити. Ектензивним тумачењем постојеће норме, по нашем мишљењу, свакако не, из већ наведених разлога; али другачијом законском формулацијом је то могуће. Нама се чини да је овакво проширење објекта ретенције у домаћем праву *de lege ferenda* сврсисходно, а остварљиво на један од два могућа начина.

1. Прва могућност је увођење још једног особеног *модалитета ретенције редуковане садржине*, која би била конципирана као посебан институт, паралелно уз општи облик ретенције (тзв. квалификовану ретенцију), по узору на швајцарско решење. Тиме би се максимално искористио потенцијал „идеје задржавања“ готово свих ствари, коју већ дуго „негују“: немачко, аустријско, француско и италијанско позитивно право. Са друге стране, остали бисмо доследни традиционално прихваћеној концепцији комерцијалне ретенције као правила и схватања по коме је она једно особено право реалног обезбеђења потраживања. Објекат таквог права морају бити ствари које је могуће изложити продаји, чиме се не негира потенцијал свих осталих

ствари да буду само „задржаване“ и да тако постану средство притиска које посредно доводи до намирења повериоца.

2. Друга могућност је задржавање јединственог концепта ретенције грађанског права (дакле, без техничког, тј. систематског разликовања квалификоване од обичне). Таква ретенција би, по неким схватањима, могла била нормирана као комплексно право које се реализује у две могуће (али не и обавезне) «фазе». Наиме, двостепено вршење ретенције, према овом предлогу, обухватало би:

Прву фазу – задржавање ствари, која би, у случају да се поверилац одлучи за вршење овог права (што је факултативно законско овлашћење, не и обавеза), била неизоставна, јер без одбијања издавања ствари – нема ни права ретенције. Објекат ретенције редуковане на ову прву фазу могле би бити све ствари, па и оне које се не могу изложити продаји, јер су подобне за вршење притиска на дужника, што је заправо једини и коначан циљ ретинента у првој фази – фази обезбеђења. Овакву ретенцију могли бисмо оквалификовати као једно особено „недовршено“ *право обезбеђења*.

Друга фаза – намирење из задржаване ствари, је алтернативна, она може, а не мора да уследи. Ретинент који ствар не задржава само ради притиска, већ и у циљу намирења неизмиреног потраживања из њене вредности, има више аспирације: он у ретенцији препознаје једну реалну гаранцију, на ствари која очигледно мора бити подобна за уновчење. Оваква ретенција представља једно „довршено“ *право стварног обезбеђења* потраживања, чији је коначан ефекат – престанак својине дужника на ствари.

Међутим, овај други предлог, по нашој оцени, није адекватан и то из техничких разлога. Овакво решење би увођењем «двостепености» у реализацији овог права обезбеђења – условило «цепање» јединственог института ретенције, какву познаје домаће право. Стога ово и нису две алтернативе, како се може на први поглед учинити, већ је само реч о две различите врсте ретенције и то о: обичној и квалификованој. Притом, прва може бити на било којој ствари, а њену садржину чини само овлашћење задржавања. Друга врста је квалификована ретенција и она постоји само на уновчивим стварима и садржи задржавање и намирење, као овлашћења која могу бити вршена по избору ретинента.

Ово решење би било идентично швајцарском, које регулише две различите врсте ретенције, које имају: различите објекте; различиту садржину; па чак и различиту правну природу и које су у односу правила и изузетка. Тако се у швајцарској доктрини та допунска, обична ретенција редуковане садржине назива - облигационоправном.

Међутим, питање је да ли је оправдано да ретенцију чија је садржина редукована на задржавање, само због те чињенице квалификујемо као облигационо право? Њен предмет је такође ствар и има сва остала својства стварних права, као и ретенција са правом намирења. Њена правна природа не би требало да се мења услед сужавања броја овлашћења ретинента, она и даље остаје стварно право, иако је чињеница да се тиме удаљава од других права реалног обезбеђења, јер не садржи принудно намирење. Ипак, она индиректно утиче на добровољно намирење, поспешујући га кроз притисак на дужника. Стога, можемо закључити да је она специфично средство реалног обезбеђења потраживања, докле год је објекат обезбеђења – ствар. А права облигациона ретенција би, по нашем схватању, била она која као објекат обезбеђења има – чинидбу.

1.2. Непокретне ствари као објекат ретенције

За разлику од покретних ствари, за које је општеприхваћено да представљају подобан предмет права задржавања у свим регулативама, за непокретности није тако. Наиме, иако непокретне ствари представљају објекте велике вредности, који су обично од виталног значаја за дужникову егзистенцију - што их чини утолико интересантнијим повериоцу за неиздавање на захтев дужника, ово питање се ипак чини спорним и то из више разлога.⁹⁰² Пре свега, ниједним прописом из нашег узорка непокретности нису експлицитно одређене као могући предмет ретинирања; а у појединим регулативама су чак изричито искључене као предмет ретенције.⁹⁰³

С обзиром на постојеће стање у позитивном упоредном праву, однос појединих законодаваца према могућности ретенције непокретности можемо одредити као: 1) *позитиван*⁹⁰⁴ и 2) *негативан*, тј. као концепт по коме је ретенција непокретности допуштена или је недопуштена. Притом, први концепт је могуће разложити на две

⁹⁰² О особеностима покретних и непокретних ствари као објеката права реалног обезбеђења потраживања видети више код: М., Tratnik, *Zastavna pravica, GV Založba, Ljubljana, 2006.*, стр. 165; М., Juhart, *Stvarno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2007*, стр. 68.

⁹⁰³ Таква је ситуација пре свега у швајцарској регулативи.

⁹⁰⁴ Могућност задржавања непокретности чини се најмање спорном у регулативама у оквиру англосаксонског правног подручја, које познају читав спектар различитих модалитета *lien-a*, међу којима фигурира и онај који омогућава посебан (недржавински) *lien* на непокретним стварима. Типична *lien-a* овог типа је: *judgment lien*. Више о овој врсти *non-possessory lien-a* у америчком праву видети: А., Tonnon, *Washington Real Estate Law, Rockwell Publishing Company, 2005.*, стр. 106 и даље; W. H. Pivar, R. J. Bruss, *California Real Estate Law, 5. Th Edition, Dearborn Real Estate Education, 2002.*, стр. 352; J. L. Gosdin, *Title Insurance: A comprehensive Overview, 3. Edition, Section of Real Property, Probate and Trust Law, 2007.*, стр. 145.

подврсте које ћемо означити као: а) *ограничено допуштено* и б) *неограничено допуштено* ретенцију непокретности. Концепт забране ретинирања непокретности у законодавствима је ређи, па ћемо најпре изложити тај модел.

1.2.1. Концепт забране ретенције непокретности

Једина регулатива из нашег узорка која изричито ограничава објекат ретенције на „покретне ствари и хартије од вредности“ је швајцарска. Логичким тумачењем *argumentum a contrario*, непокретности, као потенцијални објекат ретенције, несумњиво су искључене. Додатни аргумент у прилог овој тврдњи је систематика швајцарског законика, у коме је ретенција сврстана у оквиру заложног права на покретним стварима, уз ручну залогу и тзв. упис залогe на стоци.⁹⁰⁵ Као једно од три могућа заложна права на покретностима, ретенција из чл. 896 ШГЗ никако не може бити заснована на непокретностима.⁹⁰⁶

Ипак, као изузетак од овог правила, у доктрини се помиње чл. 939 ШГЗ, који регулише право држаоца на задржавање ствари (покретне или непокретне) у циљу заштите потраживања накнаде трошкова насталих поводом држања те ствари. Али, овде је у питању посебан модалитет ретенције, базиран на материјалном конекситету. Стога, можемо закључити да забрана ретенције непокретности чак ни у швајцарском праву није апсолутна. Очигледно постоје посебне врсте ретенције (ван опште регулативе чл. 895-898 ШГЗ) код којих је могућа и ретенција непокретности, али она има значај изузетка.

За разлику од швајцарског решења (чија општа регулатива ретенције изузима непокретности као објекат овог права), остале регулативе у којима ретенција, као у швајцарском праву, садржи и овлашћење намирeња⁹⁰⁷ немају овакву језичку конструкцију, која елиминише непокретности из круга потенцијалних објеката ретенције.

⁹⁰⁵ У 23. Глави, у чл. 884-918. ШГЗ, регулисане су ове три врсте заложног права на покретним стварима.

⁹⁰⁶ Видети: P., Tuor, B., Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979., стр. 737-739.

⁹⁰⁷ То су: српска, хрватска, црногорска, македонска, словеначка и регулатива БиХ.

1.2.2. Концепт дозвољене ретенције непокретности

У свим регулативама из нашег узорка, осим швајцарске, непокретности се квалификују као подобан објекат ретенције. Разликовање двеју подгрупа унутар овог модела извршили смо према критеријуму: да ли је ретенција непокретности у њима могућа садржински *неограничено* или пак постоје извесне баријере у степену њене могуће реализације, с обзиром на законом признату садржину (само задржавање, не и намирење).

А. Садржински неограничена ретенција непокретности

У ову групу бисмо могли сврстати све регулативе које признају искључиво обичну ретенцију, која не омогућава намирење из ретиниране ствари. Ту можемо убројати: немачку грађанску⁹⁰⁸, аустријску грађанску⁹⁰⁹, француску⁹¹⁰ и италијанску регулативу.⁹¹¹ Специфичност италијанске регулативе је у томе што једина из ове групе не садржи општу норму, те ни јасно одређење конкретних својстава ствари као подобног објекта ретенције, а до скоро је такав модел фигурирао и у ФГЗ.⁹¹²

Решење ове групе регулатива оцењујемо као адекватно, целисходно и усклађено са признатом садржином ретенције у њима – само задржавање (без намирења), јер се њиме у потпуности искоришћава потенцијал свих категорија ствари којима се у пракси може извршити адекватан притисак на дужника да дуг измири и то без учешћа суда.

⁹⁰⁸ § 273 НГЗ

⁹⁰⁹ § 471 АГЗ. У првој верзији § 471 АГЗ, пре новеле, ретенција је била стриктно везана за покретне ствари. Након измене, у делу аустријске доктрине се истиче да је правило редиговано тако да обухвата и покретне и непокретне ствари, без разлике. Н., Klang, Kommentar zum ABGB, I-2, Wien, 1930., стр. 364.

⁹¹⁰ Видети: нови чл. 2286 ФГЗ. У француској доктрини о томе се експлицитно изјашњавају следећи аутори: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 34; G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, стр. 18; Derrida, *Encyclopédie Dalloz*, стр. 46.

⁹¹¹ Будући да је у њима ретенција редукована на средство вршења притиска на дужника, начелно нема никаквих сметњи да буде у истом циљу задржавана и непокретност.

⁹¹² У овој регулативи се ретенција непокретности начелно сматра дозвољеном. У старијој доктрини је истицано да се у француском праву ретенција непокретности изричито дозвољавала код чл. 1673 и чл. 1749 ФГЗ. У првом случају је реч о ретенцији купца под резолутивним условом у ситуацији када продавац користи право откупа (*vente à réméré*), а у другом случају у питању је ретенција закупца док му закуподавац или нови власник не надокнади штету за случај отказа. R., Lorenc, *nav. delo*, стр. 55.

Б. Садржински ограничена ретенција непокретности

Овакав концепт представља једно од могућих тумачења законских норми у оним регулативама које: изричито не омогућавају, нити изричито забрањују ретенцију непокретности, а притом ово право регулишу као средство намирења (квалификована ретенција је предвиђена као опште правило).⁹¹³ Разлог што смо ретенцију непокретности у овој подгрупи регулатива означили као ограничену, је тај што, по неким мишљењима, постоји садржинско ограничење за њихово ретинирање.

Наиме, ретенција у овом моделу, по том схватању, подразумева могућност ретинирања непокретности, али са садржином ужом од законом прописане за општу ретенцију. За разлику од покретности, ретенција непокретности, по овом схватању, подразумева само овлашћење задржавања, а не и намирења, без обзира што текст закона стриктно гледано такво ограничење не предвиђа. У ову групу држава могуће је убројати решења бивших југословенских република: хрватско, словеначко, македонско, право БиХ и право Црне Горе.

Ово схватање је последица неуједначеног доктринарног и судског тумачења важеће одредбе о ретенцији из облигационих закона ових држава, упркос јасноћи језичког израза: *нека дужникова ствар*, који по нашем схватању, означава сваку ствар – како покретну, тако и непокретну и то без разлике у садржини признате (квалификоване) ретенције.

1.2.3. Ситуација са ретенцијом непокретности у домаћем праву

У домаћем праву постоје три различите групе мишљења у вези са питањем могу ли непокретности да буду објекат ретенције, па ће они у наставку рада бити изнети и анализирани.

⁹¹³ У доктрини суседних земаља такође се већински прихвата могућност ретенције непокретности. Више о томе видети: М., Juhart, *Obligacijsko pravo: splošni del, GV založba, Ljubljana, 2009.*, str. 911, 912, 915 и 917.

А. Схватање о забрањености ретенције непокретности у домаћем праву

Систематика домаћег закона је таква да ретенција није сврстана у подврсту залогe на покретним стварима (за разлику од ШГЗ). Поред тога, на супрот швајцарском решењу, које експлицитно дозвољава ретенцију покретних ствари и хартија од вредности, остала решења дозвољавају ретенцију: *неке дужникове ствари* (дакле, без икаквих ограничења према врсти ствари). Стога, чини се да нема сметњи да се и непокретности, макар начелно уврсте у могуће објекте ретенције. Барем је ово закључак већег броја домаћих аутора,⁹¹⁴ који су се бавили овом проблематиком.

Међутим, судска пракса и неколико супротних ставова у доктрини упућују и на супротан закључак, као могућ. Стога сматрамо да овом питању, због практичних импликација, треба посветити додатну пажњу у делу рада који следи.

Став да непокретности ни у ком случају није могуће ретинирати у домаћем праву, применом одредаба чл. 286-289 ЗОО заступа свега неколицина аутора.⁹¹⁵ Иако непокретне ствари законом нису изричито искључене као објекат ретенције, ови аутори свој став базирају на следећим чињеницама: а) за непокретности важи специфичан правни режим; као и б) законски предуслов, да се ретинирана ствар може изложити продаји и то према правилима о продаји заложене ствари, чини ову врсту ствари неадекватним објектом ретенције у домаћем праву.

Такав став је истовремено изражен и у више пресуда у домаћој судској пракси,⁹¹⁶ као и у пракси нама суседних земаља.⁹¹⁷ Тако, у једној пресуди домаћи суд оцењује следеће: „Тужени не могу задржати стан на коришћењу ни у смислу одредбе чл. 286. ст. 1 ЗОО, по основу права задржавања, односно по основу обавезе које тужилац има према туженим Ј. и малолетној Н. поводом неплаћене алиментације, јер се по налажењу Округног суда *право задржавања може односити само на покретне, али не и на непокретне ствари*, тако да није од значаја да ли је тужилац из предметног стана изашао противно својој вољи.“

⁹¹⁴ С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 65-66.

⁹¹⁵ S., Perović, D., Stojanović, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, стр. 811; С., Перовић, *Коментар закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1995., стр. 671.

⁹¹⁶ Пресуда Округног суда у Ваљеву, Гж. 1619/2003 од 5. 12. 2003. године, *ParagrafLex*.

⁹¹⁷ Видети: Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине, Рев. – 402/80. Од 30. 10. 1980. (Билтен ВС БиХ, 1/81, стр. 5). У овој пресуди суд одбија право ретенције стана од стране лица које је уложило своја материјална средства у адаптацију тог стана, уз образложење да је искључена ретенција непокретности.

Могући разлози оваквог схватања у судској пракси и делу доктрине су вероватно⁹¹⁸ преузимање концепта трговачке ретенције у домаћем праву, која по правилу не подразумева ретенцију непокретности, а нарочито имајући у виду швајцарско решење квалификоване ретенције, које је узор домаћем и које изричито искључује ретенцију непокретности.

Ипак, мана овог става је изузимање непокретности од могућности ретинирања, као објеката: велике имовинске вредности; и потенцијално снажног капацитета за обезбеђење потраживања, услед вршења најделотворнијег притиска на дужника. Друго, тиме се повериоци доводе у неједнак правни положај с обзиром на врсту дужникове ствари која се код њих затекне.

Б. Схватање о допуштености ретенције непокретности у домаћем праву са садржином као и на покретним стварима

Анализом домаћег прописа, може се закључити да значење норме ЗОО, којом је одређен објекат ретенције - није спорно, како се то у делу доктрине неоправдано закључује. Није јасно због чега неки домаћи аутори, као и судска пракса, искључују непокретности као дозвољени објекат ретенције, када је у чл. 286⁹¹⁹ ЗОО као објекат ретенције, јасно наведена само: «нека дужникова (дакле, *било која, прим. аут.*) ствар». Будући да нема законских ограничења у погледу врсте ствари, нема никаквих сметњи да објекат ретенције буде и непокретност. Аргументата за овакав закључак има више, а на овом месту ћемо изнети најзначајније.

Наиме, законодавац у појединим случајевима, када жели да ограничи објекат неког стварног права, то изричито и учини. Такав је нпр. случај са хипотеком, где је објекат овог права законом ограничен само на непокретне ствари; или са ручном залогом, када је објекат редукован искључиво на покретне ствари. Ту је намера законодавца јасна, а то је: искључење појединих врста ствари као објекта конкретног права. Такве намере законодавца код регулисања објекта ретенције - нема, јер у противном би, као и у ШГЗ, законом била дозвољена само ретенција покретних ствари,

⁹¹⁸ О аргументацији оваквог става износимо своје претпоставке будући да поменути аутори не образлажу свој став, већ само констатују да је ретенција непокретности у домаћем праву искључена.

⁹¹⁹ Чл. 286 ЗОО: „(1) Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази *нека дужникова ствар* има право задржати је док му не буде исплаћено потраживање.“

новца и хартија од вредности. Тек тада би се логичким тумачењем, оправдано могло закључити да је ретенција непокретности забрањена.

Даље, у доктрини се као допунски проблем код ретенције ове врсте ствари наводи и неуклапање непокретности у језичку конструкцију „...ствар коју има у рукама“ из чл. 286 ЗОО. Међутим овај последњи аргумент сматрамо неадекватним, јер без обзира на преуско (и свакако неадекватно) језичко одређење закона, неспорно је и општеприхваћено у пракси и у доктрини да се овај услов односи на неопходност физичког односа ретинента према задржаваној ствари. Реч је дакле о постојању непосредне државине на непокретности, што је као услов свакако задовољено држањем нпр. кључева од стана у руци, односно непосредном апрехензијом непокретности. Уосталом, ни многе покретне ствари се не могу имати у рукама.

Затим, у прилог оваквом закључку иде и аргумент правичности. Неправично је дозволити намирење из вредности задржаване ствари ретиненту – покретне ствари, а истовремено, ускратити овлашћење намирења ретиненту непокретне. Како објаснити овај неједнаки и недоследни третман двеју категорија ствари, ако су већ обе врсте ствари у правном промету и уновчиве (објективно их је могуће изложити продаји)? Разлози су тако пронађени у: потенцијално несразмерној вредности обезбеђеног потраживања и непокретности као објекта ретенције и комплексности намирења продајом непокретности наспрам покретних ствари. Међутим, иако ове практичне разлике јесу значајне, сматрамо да је немогуће такво подвајање извести из постојеће формулације ЗОО.

У доктрини је изнет став у прилог тврдњи да употребљена законска конструкција: право ретинента да се намири „као заложни поверилац“, „искључује могућност да се ретинент намири као хипотекарни поверилац“.⁹²⁰ Нама се овај аргумент не чини довољно убедљивим, будући да је хипотекарни поверилац само подврста заложног повериоца. Другачије би било да је законом експлицитно предвиђено намирење ретинента по правилима за намирење повериоца *код ручне залоге*. Тада би, по нашем мишљењу, било неспорно да је реч о могућности намирења ретинента само покретних ствари, не и непокретних.

Техника намирења ретинента непокретности се можда може учинити спорном. Ипак, ни ово питање није нерешиво: наиме, ретинент се, према слову закона, намирује као заложни поверилац, а у случају непокретности - као хипотекарни поверилац. Али,

⁹²⁰ С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 66.

не као титулар уговорне хипотеке, већ законске залогe на непокретности. Титулар законске хипотеке се, до најновијих прописа, није уписивао у јавни регистар, а то је уједно једини начин намирења који је постојао у време доношења ЗОО. Намирење је било уређено тадашњим пореским законом и законом који је уређивао извршење. Стога, сходно овом правилу о намирењу код законске залогe, намирује се и ретинент, као титулар *законског* реалног права обезбеђења потраживања на непокретности.

Због свега претходно наведеног, сматрамо да изложени став доктрине о немогућности задржавања непокретности у домаћем праву не стоји. Као једини проблем овде евентуално можемо навести чињеницу да модус стицања стварних права на непокретностима представља упис у јавну књигу, који је конститутивног карактера и којим се гарантује публицитет стварног права на непокретности, а тиме и омогућава дејство права према трећим лицима. Међутим, упис у јавни регистар није законом предвиђен као услов стицања ретенције, већ *државина* (уз остале услове, као што су они у вези са обезбеђеним потраживањем итд.). Питање публицитета је засебно, ретенција настаје оригинарним путем, на основу закона у ужем смислу (а не на основу уговора), а закон је свакоме познат (*ignorantia legis nocet*).

Коначно, ретенција је материјално право, а задатак процесног права је да разјасни процесне аспекте њене реализације. Питање уновчења непокретности је питање процесног и техничког карактера, које би евентуално могло бити прецизније регулисано Законом о извршењу и обезбеђењу, у циљу елиминисања постојећих недоумица у домаћој доктрини. Наша је оцена да је једини адекватан начин одређења начина намирења ретинента следећи: као титулара законске залогe на непокретности, што би било корисно прецизирати у будућем пропису.

V. Схватање о допуштености садржински сужене ретенције непокретности у домаћем праву

Треће тумачење формулације дозвољеног објекта ретенције из чл. 286 домаћег ЗОО, које је креирао део домаће доктрине⁹²¹ представља компромисно решење између две крајности: апсолутног одбијања и неограничене ретенције непокретности, и то - признавањем једног овлашћења (од два могућа), за ретенцију непокретности. Према овом схватању, допуштеним се сматра - *само задржавање* непокретности, у циљу

⁹²¹ О., Станковић, М., Орлић, Стварно право, стр. 263.

вршења притиска на неуредног дужника, али не и намирење продајом овакве ретиниране ствари.

Међутим, оваква интерпретација закона је у литератури сведена на ниво констатације, без аргументације, а потом преузета од стране највећег броја аутора са наших простора,⁹²² без подробнијег анализирања узрока, али и консеквенци прихватања оваквог концепта. Стога, сматрамо да је утолико значајније на овом месту испитати све потенцијалне аргументе, али и контрааргументе за овакво решење, како бисмо могли да формулишемо коначан закључак о овој проблематици.

Притом, важно је напоменути да је намирење ретинента из вредности задржаване непокретности свакако могуће у смислу општег правила облигационог права, тј. као саставног дела дужникове имовинске масе. Међутим, чини нам се да је на месту став изнет у доктрини⁹²³ да оно што се овде појављује као спорно јесте питање могућности аналогне примене правила о намирењу *заложног повериоца*⁹²⁴ на намирење продајом задржаване непокретности.⁹²⁵

1. Аргументи за усвајање концепта садржински ограничене ретенције непокретности у домаћем праву. Концептом ограничене ретенције непокретности у домаћем праву означили смо у доктрини предложено тумачење норме ЗОО на начин да је њоме дозвољено ретинирање непокретности, али само на нивоу задржавања, не и намирења. Осим општих, практичних аргумената, да је намирење из непокретности теже спроводљиво у пракси⁹²⁶, у односу на намирење продајом покретних ствари; као и да се тиме потенцијално битно угрожавају економски интереси дужника (противника ретенције), ниједан конкретнији аргумент није изнет у доктрини у прилог оваквог подвојеног третмана ретенције покретних и непокретних ствари.

⁹²² Leksikon građanskog prava, str. 167; J., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 26; Z., Stipković, Pravo retencije i neki slični instituti, str. 287; R., Kovačević-Kuštrimović, M., Lazić, *nav. delo*, str. 246; C., Пауновић, Право задржавања - ретенције (*Ius retentionis*), стр. 66; I., Babić, Ugovor o ugotiteqskoj ostavi, str. 264; V., Bilbija, *nav. delo*, str. 94. Ovaj stav zastupaju i pojedini autori iz nama susednih zemaља: M., Vedriš, P., Klarić, *nav. delo*, str. 417; B., Vizner, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1141; J., Čuveljak, *nav. delo*, str. 44; I., Kaladić, Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora, str. 24; S., Cigoj, Obligacije, str. 1026. Овакав став заступа и аутор једине веће студије на тему права задржања у нашој земљи, али у време пре доношења ЗОО, када је предратним правним правилима из СГЗ и АГЗ, била предвиђена само цивилна ретенција редукована на средство притиска, без могућности намирења, због чега није било спорно да и некретнине могу бити објекат „чистог задржавања“. Видети: P., Лоренц, Право задржавања (*Ius retentionis*), doktorska disertacija, Beograd, 1966., str. 53-54.

⁹²³ Д., Хибер, М., Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања, стр. 169-170.

⁹²⁴ Cf. C., Пауновић, *nav. delo*, стр. 66.

⁹²⁵ Дакле, питање првенственог намирења потраживања из вредности ретиниране непокретности се овде поставља као проблематично.

⁹²⁶ О овом проблему више: Т., Josipović, Zaštita povjerenja u pravnom prometu nekretninama, Pravo u gospodarstvu, 1996/1-2.

Посредно, анализом и критиком једне судске пресуде,⁹²⁷ у којој се потпуно негира могућност ретенције непокретности, поменути аутори закључују да је ретенција ове врсте ствари у домаћем праву ипак допуштена, али само у виду задржавања дужникове ствари, не и намирења из вредности остварене њеном продајом. Наиме, у поменутој пресуди је суд закључио следеће: „осигурање потраживања која су у вези са некретнинама, које вјеровник поседује, врши се уписом у земљишне књиге и *укњижба осигурава вјеровника и даје му могућност да се намири из ових некретнина.*“⁹²⁸ Критикујући закључак суда да је ретенција непокретности у домаћем праву, из овог разлога, потпуно недозвољена (будући да је њен упис у јавни регистар неизводљив), поменути аутори⁹²⁹ долазе до закључка да суд греша, јер поистовећује правила за хипотеку са правилима која важе за ретенцију.

Међутим, судска пресуда која је предмет анализе ових аутора датира из времена када је основ за примену ретенције било правно правило садржано у новелираном § 471 АГЗ, које заиста није садржало никаква ограничења за ретенцију непокретности,⁹³⁰ али и када је цивилна ретенција била редукована само на средство притиска на неуредног дужника. Сматрамо да је ситуација измењена доношењем ЗОО, који је ретенцију уредио као суштински другачији институт, комерцијализоване садржине, уподобљене потребама трговачког промета. Ретинирана ствар по тој концепцији, мора имати својство робе, како би се уклопила у режим могуће продаје ствари у циљу намирења ретинента. Стога, претходно наведену аргументацију и паралелу са некадашњим решењем АГЗ сматрамо недовољном, јер је реч о два различита концепта ретенције.

Чини се да је циљ аутора да оваквим тумачењем „поправе“ уочени недостатак судске интерпретације норме о ретенцији, проширењем круга објеката уз истовремено слабљење дејства ретенције према таквој категорији ствари.⁹³¹ Ипак, тиме је доведен у питање усвојени концепт и смисао ретенције у домаћем праву, која иначе у швајцарској регулативи има ограничени обим примене - само на покретне ствари. Са друге стране,

⁹²⁷ Пресуда Врховног суда Југославије, Гз. 7169 од 5. Марта 1970., Збирка судских одлука, књ. XV, св. 2, одлука бр. 157.

⁹²⁸ Основ за овакву пресуду било је правно правило из новелираног АГЗ, § 471, за који доктрина истиче да се подједнако односио на све ствари (покретне и непокретне): „ко је обавезан да изда једну ствар“. Gschnitzer, F., *Sachenrecht*, Wien, 1968., стр. 205.

⁹²⁹ О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 263.

⁹³⁰ § 471 АГЗ

⁹³¹ Значајно је поменути да је ово уједно и став хрватске судске праксе: „Predmet prava zadržanja mogu biti *kako pokretne, tako i nekretnine*“. (Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Rev-933/00 od 29. siječnja 2002.)

општа швајцарска регулатива ретенције (покретних ствари), допуњена је особеним модалитетом *задржавања непокретности у ШЗО*.⁹³²

Ипак, оно са чиме се можемо сложити у вези са наведеним ставом је чињеница да ретенцију непокретности, аксиолошки посматрано, не треба *a priori* искључити из круга могућих објеката ретенције, као могућност неиздавања дужнику на његов захтев. С обзиром да творци овог тумачења не износе објашњење свог става, покушаћемо да утврдимо пут којим су дошли до оваквог решења. У том смислу, разлози могу бити следећи:

1. Могућност ретенције непокретности *није законом непосредно искључена*. Језичко тумачење правила из ЗОО указује да се: „нека ствар“ може односити и на непокретности као објекат ретенције, јер нема непосредног терминолошког ограничења. 2. Забрана задржавања непокретности код нас не постоји. 3. У питању су ствари које свакако *имају економску вредност* (уклапају се и у услов да могу бити предмет уновчења)⁹³³. Непокретност је проценљива и уновчива ствар, те је задовољен онај општи, иницијални услов за објекте ретенције – да је ствар подобна за уновчење. У овом смислу је занимљива једна пресуда хрватског суда у којој је као кључни предуслов настанка ретенције на непокретности управо лоцирано ово својство ствари – уновчивост. Тако, суд оцењује да: „Pravo zadržanja može postojati i na nekretninama *ako se smiju ponuditi na prodaju*“.⁹³⁴ 4. *Правично је једнако третирати ретинента* неизмиреног потраживања независно од врсте дужникове ствари која му се нашла у поседу; и обрнуто, не треба *a priori* фаворизовати власника непокретне ствари, у односу на власника покретне, ако оба лица имају статус неуредног дужника према повериоцу-ретиненту. 5. Последњи могући разлог⁹³⁵ за изузимање овлашћења намирења код ретенције непокретне ствари је питање: *како се реализује ретенција непокретности?*

⁹³² Чл. 939 ШГЗ. На то упућује швајцарска доктрина: „*На крају, право задржавања из чл. 939 могло би имати највећи значај за непокретности, код којих је ретенција по основу члана 895 ШГЗ искључена*“. А., Homberger, Besitz und Grundbuch, Zürich, 1938., стр. 128.

⁹³³ Из хрватске судске праксе: „Pravo zadržanja može postojati (i) na nekretninama ako se smiju izložiti prodaji“. (Vs H, Rev. 829/87, од 17. 9. 1987. – Psp 39 – 64). Више о схватању да су непокретности адекватан објекат ретенције у хрватском праву (на примеру закупа пословног простора) видети у: I.Kaladić, *op. cit.* стр. 44; M.,Vedriš, P., Klarić, *op. cit.* стр. 417; J., Brežanski, *Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora*, примјена у пракси", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1/2005, стр. 38-40.

⁹³⁴ Protivno izloženom pravnom stavu suda nižeg stupnja, prema kojem se pravo retencije može stjecati isključivo na pokretninama, ovaj revizijski sud smatra da i nekretnine mogu biti predmetom zadržanja, pod uvjetom da se mogu izložiti prodaji (čl. 287 st. 2 ZOO), a za to u pogledu spornih nekretnina očito nema zapreke jer na njima postoji pravo vlasništva. Deo sentence iz sudske presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev-829/87 од 17. Rujna 1987.

⁹³⁵ Д., Хибер, М., Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања, стр. 166. Ови аутори су једни од ретких који аргументују став да је у домаћем праву могуће само задржавање, али не и намирење из непокретности као објекта ретенције. За разлику од њих, готови сви остали домаћи аутори овакву интерпретацију норме ЗОО само наводе као општеприхваћену у домаћем праву.

Чини се да су управо овде поменути аутори уочили проблем, због ког су заузели став да је ретенција могућа и на непокретностима, али без овлашћења намирења.

Ретенција је такође право које настаје на основу закона, а не уговора, што значи да правило по ком се ретинент намирује као заложни поверилац, у овом случају значи – намирење ретинента, према правилима о намирењу титулара законске хипотеке.

2. *Аргументи против концепта ограничене ретенције у домаћем праву.* У мањини су аутори⁹³⁶ који критикују овај доминантни став, оцењујући га као најлошије решење, уз образложење да га је: «тешко, односно немогуће бранити у светлу решења ЗОО, јер у оквиру једног института установљава две категорије ствари без икаквог дубљег оправдања». Чини нам се да је оваква критика оправдана будући да је претходно предложеним тумачењем уведен двојни третман ретенције покретних и непокретних ствари, за шта нема основа у ЗОО.

Са друге стране, могуће је запитати се и супротно: ако је *ratio „искључивог задржавања непокретности“* правичност, како се у делу доктрине истиче, зашто онда тај концепт ретенције непокретности не би био доследно изведен до краја? То би значило следеће: једнаку заштиту ретинената у улози држаоца покретних и непокретних ствари, која без разлике, омогућава и намирење из вредности ретиниране ствари? Оправдано је намирити потраживање различитих ретинената независно од врсте ствари коју држе, ако већ оба лица имају у поседу својство реалног обезбеђења потраживања.

Због свега претходно наведеног, сматрамо да је једино право значење одредбе чл. 286 ЗОО, којом је као објекат ретенције одређена „нека дужникова ствар“, следеће: објекат овог права је како покретна, тако и непокретна ствар; а за обе врсте ствари овај институт има исту садржину, а то је - задржавање и намирење. Стога, по нашем мишљењу, нема основа за другачији закључак, који део доктрине неоправдано изводи.

3. *Проблем односа општег правила из ЗОО и посебног из ЗОСПО.* Усвајање предложеног тумачења по коме постоји двојни режим ретенције покретних и непокретних ствари (задржавање и намирење из првих; и само задржавање, без могућности намирења код других), имплицира и још неке проблеме који се тичу односа општег и посебног закона и тумачења објекта ретенције у том контексту. Наиме, у ЗОСПО, као посебном пропису, регулисано је задржавање ствари од стране савесног држаоца. Реч је о могућности легитимног одбијања издавања ствари власнику, који је

⁹³⁶ S., Petrić, *nav. delo*, str. 206.

претходно добио спор по виндикационој тужби, а којим савесни држалац обезбеђује недоспеле захтеве за накнаду нужних и корисних трошкова које је имао око те ствари.

Без дубљег улажења у проблематику овог модалитета ретенције (који је био и биће предмет посебне анализе у раду), на овом месту морамо указати на проблем утицаја интерпретације објекта опште ретенције из ЗОО на тумачење дозвољеног објекта ретенције из ЗОСПО.⁹³⁷ Наиме, у ЗОСПО је регулисано право задржавања ствари (дакле, било које), али је са друге стране дејство овог права, како се у делу доктрине истиче,⁹³⁸ потенцијално сужено, јер се савесном држаоцу омогућава „само задржавање“ ствари до накнаде трошкова од стране виндикатора. Ипак, на овом месту је неопходно указати и на термилошки проблем назива овог права, на који смо у раду више пута упућивали. Назив овог института у ЗОО је „право задржавања“, па се тиме ствара забуна: да ли је законодавац овде желео да дозволи све могуће ефекте предвиђене општим институтом из ЗОО, дакле и намирење; или је пак подразумевао само прво овлашћење – дословно, задржавање?

Наше је мишљење да ако је у ЗОСПО дозвољено „задржавање“, а то је општеприхваћени - законски назив за ретенцију у ЗОО, онда нема основа за закључак да је законодавац претендовао само на прво овлашћење – задржавање.⁹³⁹ И у ЗОО је назив института „право задржавања“, а онда тек кроз текст чл. 286-289 ЗОО, откривамо коначно дејство ретенције, а то је право намирења из вредности задржане ствари⁹⁴⁰. Стога је могуће и намирење из ретиниране ствари по чл. 38 ЗОСПО, али онда остаје питање: да ли је могуће намирење и у случају непокретности? Ако ту могућност негирамо, чини се да смо таквим тумачењем истом институту признали различиту садржину у зависности од врсте ствари као објекта ретенције⁹⁴¹, што не сматрамо адекватним и усклађеним са позитивним правом.⁹⁴²

⁹³⁷ С обзиром да се ова два поменута прописа налазе у односу општег и посебног, могуће је заузети став да за све што експлицитно није у ЗОСПО предвиђено за право задржавања савесног држаоца, важи општа норма ЗОО, па тако и одређење објекта ретенције.

⁹³⁸ S., Petrić, *nav. delo*, str. 208-209. Ауторка се у раду бави проблемом тумачења објекта ретенције ове посебне норме садржане у хрватском Закону о власништву и другим стварним правима (чл. 164 ЗВСП). С обзиром на исту садржину односног члана хрватског ЗВСП и домаћег ЗОСПО, као и односа ових посебних закона са општом нормом (исте садржине) из хрватског ЗОО и домаћег ЗОО, сматрамо корисном паралелу са овим истраживањем.

⁹³⁹ Cf. S., Petrić, *nav. delo*, str. 209. “Takav stav bi se mogao braniti i pozivanjem na jezično tumačenje norme čl. 164 st. 2 (ZVSP), koja određuje samo da vjerovnik može stvar zadržati dok mu oni (troškovi) ne budu naknađeni.”

⁹⁴⁰ Тако и: N., Gavella, *Stvarno pravo, nav. delo*, str. 439.

⁹⁴¹ Тако и: S., Petrić, *nav. delo*, str. 209.

⁹⁴² Два су могућа приступа овој проблематици: модел ШГЗ и модел НГЗ.

1.2.4. Ретенција непокретности у домаћем праву *de lege ferenda*

Домаћи Нацрти садрже различите предлоге за регулативу ретенције у будућем српском праву. Нацртом ГЗС је поновљено решење ЗОО, које као објекат ретенције укључује сваку „ствар“, дакле и непокретну. Можда ово решење, због изложене ситуације код нас, не би решило постојеће недоумице у тумачењу овакве формулације, због чега га не можемо оценити као најбоље могуће за будуће домаће право.

Са друге стране, Нацртом законика о својини и другим стварним правима предложено је језички прецизније правило.⁹⁴³ У њему су предмет задржања све ствари (покретне и непокретне) и хартије од вредности, а предмет уновчења су покретне ствари и хартије од вредности, док су *непокретности експлицитно искључене*. Тиме су креиране *две врсте ретенције различитог предмета и садржине* у зависности од врсте објекта.⁹⁴⁴

Генерално посматрано, у будућем српском праву је могуће заузети 3 различита става према могућности ретенције непокретности и то: 1) забрана у сваком облику (ни задржавање, ни намирење); 2) неограничена ретенција, чију садржину чини овлашћење задржавања уз намирење; и 3) ограничена ретенција: са овлашћењем задржавања, без намирења, што је концепција поменутог Нацрта из 2011. Притом, адекватност ова три решења је, по нашем мишљењу, могуће степеновати.

1. Најнеадекватнијим решењем нам се чини апсолутна забрана ретенције непокретности, јер се тиме без адекватног оправдања смањује делотворност института ретенције⁹⁴⁵, коме би циљ требало да буде подједнака заштита свих поверилаца без обзира на ствар која фигурира као конкретно средство обезбеђења. Нарочито зато што грађанскоправна ретенција у упоредном праву успешно остварује улогу средства вршења притиска на неуредног дужника „простим“ задржавањем његове непокретности.

2. Друга могућност, дозвољавање неограничене ретенције је друга крајност која подразумева задржавање и намирење из вредности ретиниране непокретности, те која,

⁹⁴³ Чл. 522 ст. 1 Нацрта из 2011. године: „Право задржања је законом одређено право повериоца (задржалац) да дужникову *ствар, односно хартију од вредности* која је у његовој државини *задржи* док му се одређено или одредиво доспело потраживање не намири, и да, *осим ако је ствар непокретна, то потраживање намири* из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника“.

⁹⁴⁴ Осим тога, ретенција је у свему уподобљена ручној залози, чија се правила сходно примењују на овај институт, што је појашњење досадашње релативно непрецизне законске формулације: „по правилима намирења заложног повериоца“ (што није нужно морало да се односи на ручну залогу).

⁹⁴⁵ Тако и: I., Kaladić, *Pravo zadržavanja poslovnog prostora, nav. delo*, str. 24.

по мишљењу дела доктрине⁹⁴⁶, није компатибилна са постојећим јединственим моделом ретенције, која се на исти начин заснива и делује у трговачком и грађанском промету. Тако, у делу хрватске доктрине постоји предлог да се ретенција, убудуће регулише као: реално право обезбеђења које садржи право задржавања и намирења, али само на покретним стварима.

Наиме, предложена концепција ретенције⁹⁴⁷ подразумева да се поред опште ретенције, која би се односила само на покретности, задржи и прецизира посебна ретенција непокретности (само за савесног држаоца који је изгубио реивиндикациони спор). У тој концепцији, ретенција непокретности према општем правилу не би дошла у обзир ни као средство намирења, али ни као објекат задржавања, чак ни од стране грађанскоправних субјеката – нетрговаца. Са друге стране, допунска регулатива ретенције била би садржана у закону који уређује ретенцију савесног држаоца, који би могао: и да задржава и да се намири из вредности ретиниране ствари, била она покретна или непокретна и то по узору на немачко решење.⁹⁴⁸

Нама се чини да је мана овакве концепције апсолутно искључивање непокретности као потенцијалног објекта простог задржавања у бројним случајевима из праксе, када би поверилац - нетрговац могао обичним неиздавањем ствари, да изврши адекватан притисак на дужника да измири дуг.

3. Трећа могућност, која је по нашем мишљењу и најадекватнија, подразумева изричито навођење непокретности као дозвољеног објекта ретенције у будућем српском праву. Ипак, такво право ретенције је могуће садржински двојако регулисати: као искључиво задржавање; или као задржавање и намирење (као и за покретности).

Први могући, а радикалнији приступ значио би раскид са досадашњим начином јединственог регулисања грађанске и трговачке ретенције, иако се он углавном чини „модерним и напредним“⁹⁴⁹. Упркос тенденцији опште комерцијализације грађанског права, потребе трговачког промета су специфичне, те њихов циљ није увек и нужно компатибилан са *ratio-m* грађанских послова. Наиме, грађански промет је минималан у односу на трговачки, који је обимнији, па има и додатне потребе за лакшим одвијањем. Већина поверилаца-нетрговаца се само изузетно (а не континуирано) налази у ситуацији да је „привилегована“ физичким поседом дужникове ствари.

⁹⁴⁶ S., Petrić, *nav. delo*, str. 210.

⁹⁴⁷ Овај модел предлаже у хрватској доктрини: S., Petrić, *nav. delo*, str. 210.

⁹⁴⁸ Видети: чл. 1003 НГЗ. Дакле, ретенција непокретности би тако била дозвољена тек као изузетак, у оквиру посебног закона, искључиво у ситуацији постојања материјалног конекситета (трошкова држаоца инкорпорисаних у задржаваној ствари).

⁹⁴⁹ С., Перовић, Коментар Закона о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 671.

Међутим, када бисмо и у таквој (изузетној) ситуацији овом лицу ускратили могућност да врши ретенцију на таквој ствари (нпр. само задржавањем дужникове непокретности, не и намирењем), ми бисмо интересе тог повериоца оставили незаштићеним, уз оправдање да нису испуњени сви законски услови који се у појединим регулативама траже за трговачку ретенцију (пр. да је ствар покретна) - што је негативан исход. Понекад интерес ретинента-нетрговца може бити само законско признавање средства легитимне самопомоћи, које садржински може бити редуковано на средство притиска, задржавањем непокретности, јер његова аспирација не мора увек бити намирење.⁹⁵⁰

Стога је могућ предлог да се непокретности обавезно укључе у објекат ретенције у српском будућем праву, али не у обема сферама промета, већ само у грађанском. Тако је могуће предвидети различите објекте и различиту садржину за цивилну и трговачку ретенцију.

Цивилна ретенција би тада требало да омогућава *задржавање свих ствари, дакле и непокретних*, у сфери нетрговачког промета. Тиме се круг потенцијалних објеката ретенције оправдано проширује. *Ratio* оваквог решења је двојак: 1) потпунија и правичнија заштита интереса ретинента свих категорија ствари; и 2) јасно истицање разлике у основној сврси, као и у дејству ретенције грађанског и трговачког права и то: притисак задржавањем код ретенције грађанског права, наспрам снажнијег дејства реалног обезбеђења потраживања трговачког права.

Трговачка ретенција треба увек да омогућава намирење, а овим је уједно *ограничен њен објекат*: може бити заснована искључиво на уновчивим стварима, које имају својство робе, што су услови које испуњавају и покретне и непокретне ствари. Ипак, трговци неупоредиво чешће долазе у посед покретности него непокретности, што оправдава њихово елиминисање са листе прикладних објеката ретенције трговачког права. Циљ трговачке ретенције је брзо, ефикасно намирење потраживања у пословима који се између трговаца одвијају свакодневно, масовно, а чија је реализација олакшана могућношћу вансудске продаје ретиниране ствари, сходно правилима која важе за намирење код ручне залог⁹⁵¹. Стога је њена примарна сврха намирење, за разлику од

⁹⁵⁰ Овом његовом интересу штети сада важећа законска формулација: да «право ретенције не може бити засновано на стварима које није могуће изложити продаји». Циљ повериоца-ретинента је, по нашем мишљењу, да му законом буде омогућен што шири круг потенцијалних објеката ретенције, које ће он моћи, према својим потребама, да: *само задржава*; а *евентуално*, уз испуњење осталих законских услова *и прода у циљу намирења*.

⁹⁵¹ Чл. 289 ЗОО

грађанске ретенције чија сврха понекад може да буде и само вршење притиска на дужника, неиздавањем ствари.

Различит третман покретних и непокретних ствари, као објеката ретенције *de lege ferenda*, уједно је предложен у Нацрту из 2011., формулацијом која: дозвољава ретенцију на обема врстама ствари, али са различитом садржином: задржавање и намирење на покретним; и само задржавање, без намирења - на непокретним.

Ипак, оно што представља ману овог предлога је чињеница да се овим решењем сужава ретенција и то: у погледу садржине, као и у погледу предмета. Непокретности, по овом предлогу, могу бити ретиниране само од стране нетрговаца, и то са редукованом садржином права (само задржавање). Тиме остаје неискоришћен потенцијал непокретности као вредних објеката уновчења, који се брзо продају на принудној јавној продаји, чак и лакше од нпр. половних покретних ствари.

2. Други и мање радикалан приступ значио би само прецизирање постојеће законске формулације (из чл. 286 ЗОО), по којој би дозвољени објекат ретенције (са истом садржином) могла бити: *нека покретна или непокретна ствар*. Овакав прецизан језички израз отклонио би сада постојеће (а непотребне) недоумице у доктрини и пракси. Тиме би објекат ретенције био максимално проширен, а истовремено и садржински максимално ојачан. На тај начин би интерес сваког повериоца-ретинента био свеобухватније заштићен, јер би своје потраживање могао – не само да «посредно исходује», већ и непосредно да наплати из вредности задржане ствари (како покретне, тако и непокретне). Ово решење би уједно значило потврду домаће правне традиције, која постоји од 1978., када је донет ЗОО.

2. Својина на ретинираној ствари

Последњи у низу квалитета који ствар мора да поседује како би представљала прикладан објекат ретенције, односи се на питање својине: чија мора бити ствар да би могла бити задржана? Упоредноправним прегледом законских решења, могуће је означити три различита лица у улози потенцијалног власника ствари подобне за ретенцију: 1) дужника из главног облигационог односа; 2) треће лице (које није дужник из главног облигационог односа) и 3) повериоца-ретинента. Међутим, све три опције нису могуће у свим регулативама, већ је најчешће: а) једна од њих правило, а друге две имају значај изузетка; или б) дозвољена је само прва, од три наведене могућности.

Најчешће власник ретиниране ствари је дужник ретинента-повериоца из облигационог односа, у коме је настало потраживање поводом чијег обезбеђења се врши ретенција.⁹⁵² Највећи број регулатива прописује да је објекат ретенције: *дужникова* ствар.⁹⁵³ Таква је ситуација пре свега у домаћем праву⁹⁵⁴, као и у регулативама из нашег окружења.⁹⁵⁵ У свим претходно наведеним регулативама примењује се аналогија са залогом (као стварним правом на туђој ствари), те се сматра да ни ретенција не може бити заснована на својој ствари, већ само на туђој.⁹⁵⁶ Међутим, у појединим правним системима, као што смо већ рекли, ствар која је објекат ретенције не мора бити у својини дужника, већ може припадати и другим лицима. Важност упоредноправне анализе ове проблематике огледа се у потенцијалном проширењу круга лица као власника ретиниране ствари у нашем предлогу будуће регулативе ретенције, а самим тим и круга потенцијалних објеката ретенције.

⁹⁵² Ово је опште и заједничко правило како у свима анализираним европскоконтиненталним регулативама, тако и у англоамеричким правним системима. Више о томе: М. Н. Böcker, А. Maitland Hudson, Longman Law, Tax and Finance, 1992., стр. 138.

⁹⁵³ У регулативама у којима је дужник ретинента означен као једини могући власник задржаване ствари, као што је домаћа, ова проблематика је, чини се, мање спорна. Ипак, у делу домаће доктрине изражен је став да је осим дужникове ствари, могућа и ретенција ретинентове дуговане чинидбе. Видети: R., Logenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, str. 1276. Тиме се превазилази језичко тумачење законског одређења, те је важно испитати ваљаност такве оцене.

⁹⁵⁴ Чл. 286 ст. 1 ЗОО

⁹⁵⁵ Чл. 72 ст. 1 ЗООХ; чл. 293 ст. 1 ЗООЦГ; чл. 261 ст. 1 ОЗС; чл. 275 ст. 1 ЗООМ; чл. 286. ст. 1 ЗОО ФБиХ

⁹⁵⁶ У словеначкој доктрини више код: А., Berden, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004., str. 707; Т., Keresteš, Stvarnopravna zavarovanja, Studio Linea, Maribor, 2001., str. 189.

2.1. Ретенција дужникове ствари

Ratio оваквог решења је садржан у смислу и циљу ретенције, као средству дозвољене самозаштите повериоца против неуредног дужника. Смисао одбијања издавања ствари дужнику на његов захтев је у својеврсној «приватној правди», због његовог несавесног понашања у претходно заснованом облигационом односу (повреда *bona fides praestare*). Потраживање према дужнику чини смисленим захтев да првенствено дужник буде власник задржаване ствари, како се вршењем ретенције не би повредили интереси трећих лица (потраживање треба да се намири из дужникове имовине, а не из туђе).

Ситуација је јасна када је у питању дужник као носилац права *индивидуалне својине* на ствари која је објекат ретенције. Неиздавање ствари, односно намирење из њене вредности тада погађа само његову имовинску сферу. То је уједно и једина ситуација која се анализира у домаћој доктрини,⁹⁵⁷ са образложењем да је то логична последица узајамности⁹⁵⁸ дуговане чинидбе дужника и противчинидбе повериоца (на повраћај ствари ако дужник плати дуг и не дође до принудног намирења).

Још исправнијим сматрамо једноставно образложење да ако је друго лице власник, оно ће имати потраживање повраћаја ствари, па нема реципроцитета или ће тај трећи пак, имати захтев за накнаду према дужнику, ако се поверилац намири из ствари њеном продајом.

Међутим, може се поставити питање: како дејствује ретенција у ситуацији својине више лица на задржаној ствари, тј. код *заједничке својине или сусвојине*, када је ретенцијом обезбеђено потраживање из главног облигационог односа уперено само против једног од носилаца права својине код ових модалитета, а не и против осталих.

⁹⁵⁷ А., Gams, *nav. дело*, стр. 192; М., Орлић, О., Станковић, *нав. дело*, стр. 260-263; С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 66; Тако и: М., Vedriš, Р., Klarić, *nav. дело*, стр. 417.

⁹⁵⁸ Ј., Гуцуња, Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 27; В., Билбија, *нав. дело*, стр. 94.

2.1.1. Ретенција ствари у сусвојини

Код ретенције ствари у сусвојини могућа су два случаја: а) ретенција ствари у сусвојини од стране трећег лица, ради обезбеђења потраживања које то лице има према сувласницима (или само према једном од њих), као дужнику из основног облигационог односа; и б) ретенција ствари од стране једног сувласника према осталим.

А. Ретенција ствари у сусвојини *од стране трећег лица* се сматра могућом и допуштеном,⁹⁵⁹ у ситуацији постојања свих законом предвиђених услова. Будући да у домаћем ЗОО ово питање није изричито регулисано, до одговора морамо доћи посредно, тумачењем, а узимајући прво у обзир чињеницу, да ретинирање ствари у сусвојини законом није забрањено. Поред тога, ЗОО предвиђа ретенцију дужникове ствари, што по нашем мишљењу, означава својину дужника уопште – дакле и њене модалитете, па и сусвојину. То даље значи да је таква ретенција могућа, под општим условима из чл. 286 ЗОО. Дакле, то би у домаћем праву, била ситуација у којој: ретинент има потраживање потребних квалитета; да је у питању ствар одређених квалитета; да ретинент држи ствар у непосредном поседу; а нарочито да ствар није доспела у његову државину против воље његовог дужника, који је у овом случају – један од сувласника те ствари.

Наиме, по ЗОО се не тражи да ствар није доспела у руке повериоца против *воље власника ствари* (што може бити различито од воље дужника, као овде, када ствар није у дужниковој индивидуалној својини). У том смислу, не само да се сагласност осталих сувласника ствари не захтева као један од предуслова настанка ретенције, већ није потребно чак ни да ретенција - не буде заснована против воље свих сувласника, стриктно посматрано, већ само да није заснована против воље дужника, као једног од сувласника. Ипак, проблем са оваквим виђењем ствари је у томе што би сувласници, чија је државина одузета на манљив начин, имали право на одговарајућу државинску тужбу према ретиненту, па до ретенције не би могло да дође.

Закључак о могућности ретенције на сувласничком уделу могуће је извести и на основу аналогије са сродним институтом, а то је државинско заложно право, за које је то неспорно. Фактор, који ће сузити могућност ретенције сувласничког удела од стране лица које није један од сувласника ствари је услов непосредне државине ретиниране

⁹⁵⁹ Ипак, постоје и аутори који негирају овакву могућност, сматрајући сувласника „несавесним држаоцем ствари у сусвојини“. Видети више код: Р., Basso, *op. cit.*, стр. 142.

ствари, за разлику од ручне залоге која је могућа и уз посредну државину или судржавину залогопримца (уз услов да дужник више не буде њен искључиви држалац).

То значи да је ретенција сувласничке ствари свакако могућа у најмање две ситуације: 1) онда када се ствар од раније налази у повериочевој непосредној државини вољом свих сувласника, па и дужника као једног од њих; или 2) када је ретинент прибавио непосредну државину ствари, која из државине дужника није изашла против његове воље, а дужник је ствар држао у име свих сувласника на основу сувласничког споразума.

Што се тиче напомене, која се у правној теорији може наћи, да ретинент задржавајући ствар у сусвојини врши ретенцију не само на дужниковој, већ и на туђој ствари (јер је дужник власник само свог сувласничког дела) – ми смо мишљења да то није тачно, јер је објекат ретенције, по аналогији са ручном залогом, дужников сувласнички удео.

Удели осталих сувласника нису угрожени чак ни намирењем, јер се поверилац може намирити само из сувласничког удела свог дужника. За случај намирења продајом, предмет продаје је дужников сувласнички удео, што значи да остали сувласници не губе своја овлашћења на ствари, већ уместо дужника сада имају новог сувласника, тј. купца дужниковог удела. Ипак, најбоље би било да се питање ретенције ствари у сусвојини у будућем закону регулише и прецизира.

Б. У другој варијанти, реч је о ретинирању ствари у сусвојини *од стране једног сувласника*, а против осталих, који су му дужници. У ШГЗ⁹⁶⁰ је оваква ретенција призната само сувласнику ретиниране ствари против другог сувласника, као дужника накнаде трошкова око ње. Ипак, у швајцарској доктрини⁹⁶¹ се истовремено упозорава на овакву примену ретенције, код које је појачана могућност од злоупотребе права и повреде начела савесности и поштења.⁹⁶²

Што се друге разматране ситуације у домаћем праву тиче, она законом изричито није дозвољена, али ни забрањена, а у сваком случају досад није била предмет разматрања у доктрини. У делу хрватске доктрине⁹⁶³ оправдано се истиче да су *могући*

⁹⁶⁰ Видети: чл. 646 ШГЗ

⁹⁶¹ К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 367.

⁹⁶² Због тога се ретенција једног од сувласника по правилу сматра оправданом само у случајевима постојања материјалног конекситета (када су у ствар инкорпорисани трошкови одржавања), а поводом деобе сусвојине.

⁹⁶³ О могућности ретенције сусвојинског удела видети више код: N., Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992., стр. 83. Посредно, овакав став изражава и: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 231. Говорећи о могућности ретенције ствари у заједничкој својини, ауторка наводи следеће: „*Овде нема могућности, која постоји код*

објекат ретенције и сувласнички удели осталих сувласника, аналогно са могућношћу залагања сувласничких удела. Када је у питању ретенција ствари од стране једног сувласника према другом (који је његов дужник из главног односа), ретенција по нашој оцени, може настати јер је испуњен општи услов из ЗОО. Наиме, ствар је делом дужникова, у чијој свакој честици има сувласнички удео, а ретинент-сувласник не врши ретенцију на свом уделу, тако да није у питању ретенција своје ствари, већ туђе (дужникове). Ово је неспорно када дође до намирења, јер се продаји може изложити само дужников удео, али целу ову ситуацију, као уосталом и претходну, проблематичном чини чињеница да ретинент од државине и коришћења ствари (сходно величини удела) не искључује само дужника, већ и остале сувласнике, ако их има. Оно што је свакако неопходно је да ствар из државине дужника-сувласника није изашла противно његовој вољи, као и искључива непосредна државина ретинента-сувласника.

У сваком случају, добро би било у будућем домаћем праву решити питање дозвољености ретенције ствари у сусвојини од стране једног сувласника у улози ретинента, према другом (или другима) у улози дужника.

2.1.2. Ретенција ствари у заједничкој својини

И код овог модалитета својине, проблем ретенције је могуће посматрати кроз две ситуације и то: а) ретенција ствари у заједничкој својини од стране трећег лица; и б) ретенција заједничке ствари од стране једног заједничара према другом. Прва ситуација је допуштена у швајцарској регулативи:⁹⁶⁴ може се ретинирати ствар у заједничкој својини, под условом да се њоме обезбеђује потраживање које поверилац-ретинент има према свим заједничарима (и обрнуто, ретенција није дозвољена ако је потраживање уперено само против једног од њих)⁹⁶⁵.

Друга ситуација је комплекснија, будући да означава могућност ретенције заједничке ствари од стране једног заједничара према другом, што је могуће посебно у ситуацији када државина ствари није заснована од стране једног заједничара-ретинента против воље другог/других, тј. када заједничар-ретинент од раније држи ствар у име свих договорно. Ипак, оваква могућност на први поглед представља *contradictio in adjecto* и то из следећих разлога: заједничари (за разлику од сувласника) немају

сувласништва, да се ретенција врши на аликвотном делу који припада дужнику, јер тај део није одређен".

⁹⁶⁴ Чл. 219-221 ШГЗ

⁹⁶⁵ P., Tuor, B., Schnyder, J., Schmidt, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich, 1995., стр. 711.

одређене уделе у заједничкој ствари, тј. они су још увек непознати. А немогуће је због начела специјалности објекта права реалног обезбеђења ретинирати – неодређену ствар, у нашем случају удео неодређене величине, који у моменту заснивања ретенције чак и не постоји, односно сличан је будућој ствари. Наиме, величина удела биће установљена тек у случају деобе заједничке својине на ствари.

Коначно, када су у питању случајеви заједничке својине као акцесорног права у домаћем праву (код етажне својине и у суседском праву), ретенцију таквих објеката сматрамо немогућом, јер није реч о самосталним правима на ствари којима је могуће слободно располагати, већ о акцесорним правима која следе друга (главна) права. Када је у питању заједничка својина као акцесоријум права својине на посебним деловима зграде, ово споредно право је неодвојиво од главног права и није предмет самосталног правног промета. Стога је заједничким деловима зграде немогуће одвојено располагати. Исто важи и за заједничку својину на међи, као акцесорног уз право својине на непокретности.

Ипак, постоје неке категорије заједничара, којима је у упоредном праву изричито призната ретенција посебне врсте, тзв. ретенција наследника. С обзиром да је у питању особени вид заједничке својине, који настаје под специфичним околностима (постоји од смрти оставиоца до деобе заоставштине), у овом делу рада ћемо испитати сврсиходност евентуалног признавања овакве посебне ретенције означеној категорији лица и у будућем српском праву.

А. Наследничка ретенција

У појединим страним регулативама, као што су италијанска⁹⁶⁶ и француска⁹⁶⁷, могућност ретенције ствари од стране једног наследника, према осталим санаследницима, изричито је законом регулисана. Наиме, у наведеним правним системима је овај посебан модалитет ретенције признат у области наследног права, где се право задржавања на стварима које чине оставинску масу – изричито признаје санаследнику, а поводом трошкова које је имао око те ствари (дакле, у ситуацији постојања материјалног конекситета). Тако, санаследник има право задржавања (неиздавања) ствари на захтев својих санаследника (заједничара), до исплате дугованих трошкова одржавања ове ствари.

⁹⁶⁶ Видети: чл. 748 ИГЗ

⁹⁶⁷ Видети: чл. 862 ФГЗ

Кључни аргумент, по нашем мишљењу, за издвајање овог модалитета заједничке својине и изричито признавање ретенције санаследницима, као заједничарима⁹⁶⁸, је особеност овакве заједничке својине, код које су *удели већ одређени и познати*, па важи режим као код сусвојине. Пошто су удели познати, објекат ретенције постоји (није у питању будући, већ постојећи удео), тако да нема сметњи у погледу објекта права задржавања. У том смислу сматрамо да, ако се прихвати теза да је ретенција могућа и код сусвојине, по истој логици можемо признати и ретенцију санаследницима, као особеној категорији заједничара и у домаћем праву.

Ипак, можемо поставити и следеће питање: да ли још неко обележје ретенцију санаследника чини особеном и да ли она завређује да буде призната посебном нормом и у домаћем пропису, ако се утврди да се услови њеног заснивања разликују од услова из опште норме? Стога ћемо на овом месту покушати да утврдимо да ли постоје нека додатна специфична обележја овог типа ретенције.

Поред наведеног, у упоредном праву је признат још један посебан случај ретенције ствари од стране санаследника. Тако, ретенција санаследника представља посебан модалитет права задржавања у италијанском и француском праву и овлашћује наследника, који поводом урачунавања поклона мора ту ствар⁹⁶⁹ да врати у оставинску масу - да је претходно ретинира, до добијања надокнаде трошкова које је имао око ње. Иако се на први поглед чини да ретенција санаследника представља подврсту ретенције савесног држаоца туђе ствари који је изгубио реивиндикациони спор, њено засебно регулисање у овим двома регулативама иницира разматрање сврсисходности таквог решења и за будуће српско право.

Наиме, у ИГЗ је усвојен казуистички начин регулисања ретенције (у ФГЗ је такође био прихваћен до 2006.), што свакако оправдава постојање засебне законске одредбе о оваквој ретенцији. Са друге стране, у домаћем праву је усвојен општи начин нормирања, што значи да је у чл. 286 ЗОО регулисана ретенција на општи начин, а посебним одредбама ЗОО или посебним законима, регулисани су особени случајеви ретенције, који у неком елементу одступају од општег правила.

⁹⁶⁸ У домаћој доктрини санаследници се претежно сматрају заједничарима, мада постоје и другачија схватања, по којима је наследничка заједница: модалитет сусвојине; или модификоване заједничке својине; или пак, правна творевина са двоструком правном природом (до момента правноснажности решења о наслеђивању – заједничка својина; а након тога - сусвојина). Више код: Н., Стојановић, Наследничка заједница, Ниш, 2009., стр. 6-12.

⁹⁶⁹ У италијанској доктрини се сматра да се овај модалитет ретенције односи само на непокретне ствари. Видети више код: С., Петрић, *нав. дело*, стр. 59.

Тако је у домаћем ЗОСПО⁹⁷⁰ регулисана ретенција савесног држаоца туђе ствари, који је изгубио реивиндикациони спор, а ова норма, потенцијално обухвата и ретенцију наследника, као посебне категорије савесних држалаца туђе ствари. Реч је о наследнику као: савесном⁹⁷¹ држаоцу ствари, који је себе до тог момента оправдано сматрао власником те ствари; а који је сада дужан да поклон врати у оставинску масу,⁹⁷² али и потенцијално да је пре тога – ретинира.

Стога, можемо поставити следеће питање: важи ли у овом посебном случају општа регулатива ретенције савесног држаоца из чл. 38 ст. 7 ЗОСПО, као што део доктрине⁹⁷³ сматра или пак, не важи, јер је реч о особеном – оставинском поступку, у коме не мора бити претходно подигнута реивиндикациона тужба (која је предуслов за истицање приговора ретинента према чл. 38 ЗОСПО). Питање је да ли је онда сврсисходно признати посебно право ретенције савесном наследнику који ствар мора да врати у оставинску масу, као корисно обезбеђење потраживања трошкова које је имао око те ствари, јер чињенично стање иако слично, ипак није идентично као у спору по реивиндикационој тужби.

У циљу отклањања недоумица и примене аналогije, чини нам се корисним решењем *de lege ferenda* – изричито регулисање посебне ретенције наследника и у Закону о наслеђивању, као посебном закону (*lex specialis*)⁹⁷⁴. Увођење овог посебног модалитета ретенције сматрамо сврсисходним и из још неколико додатних разлога. *Прво*, реч је о модалитету ретенције, којим се штити: а) недоследно потраживање (дакле, није задовољен општи услов из чл. 286 ЗОО да је реч о обезбеђењу доспелог потраживања); и б) искључиво *савесни* поверилац – ретинент туђе ствари. *Друго*, реч је о ретенцији посебне категорије субјеката, а то су – наследници; и о особеном основу стицања поседа, а то је уговор о поклону, чиме је сужена могућност настанка ове ретенције. *Треће*, реч је о заштити тачно одређеног потраживања – трошкова око ствари (нужних и корисних), коју је наследник претходно имао у савесној државини (случај материјалног конекситета).

Због свега претходно наведеног, сматрамо сврсисходним увођење овог посебног модалитета ретенције и у српском праву *de lege ferenda*.

⁹⁷⁰ Чл. 38 ст. 7 ЗОСПО

⁹⁷¹ У домаћем Закону о наслеђивању (ЗН) у чл. 57 изричито је предвиђено да се наследник-поклонопримац сматра «савесним држаоцем» само до момента сазнања о захтеву за повраћај поклона.

⁹⁷² Видети: чл. 53 ЗН (смањење завештајних располагања и враћање поклона)

⁹⁷³ Више о томе код: О., Антић, З., Балиновац, Коментар закона о наслеђивању, Београд, Номос, 1996., стр. 267 и даље.

⁹⁷⁴ Закон о наслеђивању Републике Србије „Службени гласник РС“, бр. 46/95

2.2. Ретенција ствари у својини трећег лица

Према могућности ретинирања ствари у својини трећих лица, упоредноправно посматрано, поједина законодавства су заузела један од два приступа и то: 1) изричито *регулисање* ретенције ствари у својини трећих лица или 2) *нерегулисање*. Важно је напоменути да је реч о могућности ретенције ствари које су иницијално, дакле од момента настанка ретенције у својини трећих лица, а не о ситуацији где је накнадно, након конституисања ретенције дошло до промене власника ствари која је објекат ретенције.

Ипак, овакав однос није апсолутан, јер постоје изузеци у оба модела. Наиме, чак и у регулативама које допуштају ретенцију ствари у својини трећих лица постоје одређени услови који морају бити испуњени за овакав случај ретенције; и обрнуто, у регулативама које то не регулишу постоје извесни, посебни модалитети ретенције, који дозвољавају ретенцију на стварима које припадају лицу које није дужник из главног, ретенцијом обезбеђеног облигационог односа.

Овакво изузетно ретинирање има своје оправдање, упркос чињеници да је основна идеја ретенције – упереност њеног дејства према дужнику из основног облигационог односа. Прихватањем ретенције и на стварима трећих лица, значајно се проширује њено правно дејство, погађају интереси трећих, али и обезбеђује делотворнија заштита ретинента, у изузетним, оправданим случајевима. Због тога је значајно одредити постојеће моделе регулатива по овом питању и у њима лоцирати место домаћег решења, ради оцене његове адекватности.

2.2.1. Регулативе које допуштају ретенцију ствари у својини трећих лица

Једина регулатива из нашег узорка која изричито признаје право ретенције на стварима које су у својини трећег лица (лица које није дужник из обезбеђеног облигационог односа) и то у виду правила, јесте швајцарска.⁹⁷⁵ Ипак, као изузетак, ретенција на ствари трећег лица постоји и у другим државама и то не само у

⁹⁷⁵ Чл. 895 ст. 3 ШГЗ

регулативама европскоконтиненталног, већ и у англоамеричком праву.⁹⁷⁶ Ова могућност је у швајцарској предвиђена као изузетак од општег правила, да се сме задржавати само ствар у власништву дужника⁹⁷⁷, али уз један важан услов: *само ако је ретинент савестан*, дакле ако не зна и не може знати да ствар није дужникова, односно да дужник није овлашћен да њоме располаже.

Ratio оваквог решења, по нашем мишљењу је неспоран: швајцарска регулатива ретенцију конципира као једно од ограничених стварних права на туђој ствари (*iura in re aliena*), конкретно као особену врсту залогe на покретним стварима, на којима државина ствара привид својине. Наиме, дужника који предаје покретну ствар свом повериоцу по неком правном основу, посед ствари представља као њеног власника. Поверилац ретинент најчешће у таквој ситуацији нема разлога да сумња да дужник није власник предате ствари, јер је у питању покретна ствар, о којој не постоји јавна евиденција (за разлику од стварних права на непокретностима код којих упис гарантује публицитет). Пошто се ретенција у ШГЗ третира као стварно право на покретностима, основано је регулисати њено стицање на основу чињеничног скупа, који се законом предвиђа у хипотези стицања стварних права (уопште) од невласника. Савесност повериоца је та коју треба заштитити, али не зато што су интереси ретинента значајнији од интереса власника ствари (трећег, такође савесног лица), већ зато што треба заштитити општи интерес – а то је заштита поверења у правном промету.⁹⁷⁸

Оваква концепција ШГЗ је, по нашем мишљењу оправдана, у складу са прихваћеном правном природом ретенције, регулисане као реалног права обезбеђења потраживања на покретним стварима. За ретенцију, као средство обезбеђења које је слично ручној залози важи и могућност заснивања по правилима о стицању стварних права од невласника.

⁹⁷⁶ Тако, најзначајнији изузетак у овом смислу представља посебан модалитет ретенције тзв. угоститељска ретенција (односно, *inkeeper's lien*) која овлашћује савесног (а некада чак и несавесног) угоститеља на ретенцију (односно *lien*) свих ствари које је гост унео у угоститељски објекат, дакле и ствари у својини трећег лица, а без његовог пристанка. О томе више код: J. E. H. Sherry, *The Laws of Innkeepers: For Hotels, Motels, Restaurants, and Clubs*, Third Edition, Cornell University Press, Ithaca and London, 1993., стр. 755 и даље. О тенденцији максималног проширења дозвољеног објекта ретенције угоститеља у англосаксонском праву видети: Lavine, *op. cit.*, стр. 609.

⁹⁷⁷ Чл. 895 ст. 1 ШГЗ

⁹⁷⁸ Тренутак у коме савесност ретинента мора постојати је моменат стицања државине на ствари, или тренутак испуњења последњег услова из чињеничног скупа који је законом предвиђен за конституисање ретенције (при чему накнадна несавесност не шкоди).

За разлику од овог случаја, који је у ШГЗ изричито регулисан швајцарска,⁹⁷⁹ али и англосаксонска доктрина,⁹⁸⁰ проширује могућност ретинирања ствари у својини трећих лица и на ситуацију када је власник ствари – који није уједно и дужник из обезбеђеног облигационог односа, дао сагласност за ретенцију његове ствари, као обезбеђење туђег дуга. У овој ситуацији није потребан услов савесности ретинента (он може знати да је ствар туђа), али се одсуство својине дужника, овде надокнађује додатним елементом чињеничног скупа – пристанком власника ствари.

Начелно, овакво тумачење јесте прихватљиво, мада нам се чини флуидном граница између залагања своје покретне ствари за туђ дуг и ретенције ствари у својини трећег лица. Ретенција по правилу настаје *ex lege против воље дужника* из основног дужничко-поверилачког односа, а овде ретенција настаје – *уз вољу власника ретиниране ствари – недужника*, дакле не као обезбеђење његовог дуга, већ дуга ретинентовог дужника. Иако се оваква конструкција чини помало необичном за уобичајену физиономију института ретенције, ипак је могућа – нарочито за уговорну ретенцију.

2.2.2. Регулative које не уређују ретенцију ствари у својини трећих лица

За разлику од ШГЗ, сва остала решења из нашег истраживачког узорка, ову могућност изричито не регулишу; тј. не садрже норму у којој се помиње могућност ретенције ствари у својини трећег лица, нити обрнуто, забрана. Ипак, међу овим решењима постоје разлике у начину прецизирања дозвољеног објекта ретенције као: 1) „дужникове ствари“ или 2) „неке ствари“.

1. *Прва група регулатива*, у коју спада и домаћа, чини се не оставља простора за проширење „круга лица“ чија ствар може бити објекат ретенције, јер је језички смисао нормe ограничавајући. Ствар мора бити дужникова и то је готово општеприхваћено

⁹⁷⁹ Lemp, Berner, Kommentar; band II; 1. Abt. 2. Teilb: Die Wirkungen... (art. 159-251. ZGB), p. 437-451 i 683-700. Nav. prema: S., Petrić, *nav. delo*, str. 233.

⁹⁸⁰ У америчкој доктрини се наглашава да је *lien* могуће засновати и на ствари у својини трећег лица, само под условом да је трећи (власник ствари) предају ствари одобрио, тј. да је овластио непосредног држаоца (закупца или сл.) да ствар преда свом повериоцу-*lienor-u*. Дакле, у оваквој ситуацији доћи ће до пуноважно конституисаног *lien-a* иако ствар повериоцу није предао власник, већ дужник обезбеђеног потраживања, али уз власниково овлашћење. Више о власништву на оптерећеној ствари, као премиси настанка *lien-a*, видети више код: L. A. Jones, *A Treatise on the Law of Liens, Common Law, Statutory, Equitable and Maritime*, Beard Books, Washington DC, 1888. (reprinted: 2000.), стр. 2 и даље.

тумачење у домаћој доктрини.⁹⁸¹ У овој групи регулатива су и решења земаља из нашег суседства (регулативе некадашњих чланица СФРЈ), јер у свима фигурира иста законска формулација: „дужникова ствар“. Притом, ако узмемо да је у домаћем праву могућа уговорна ретенција – за њу је онда могућа и својина на ствари трећег лица.

Ипак, оно што може сугерисати и другачије виђење јесте концепт ретенције, за коју је делом предвиђена сходна примена одредаба о намирењу заложног повериоца. У том смислу, поставља се питање: да ли би се могло по истом принципу применити правило о стицању ретенције од невласника?

У доктрини не постоји општа сагласност у погледу института коме је ретенција у домаћем праву најсличнија, како би се аналогно примењивала поједина правила за све њене нерегулисане сегменте. Тако, не чуди што идеја, да се на ретенцију аналогно може применити правило заложног права о стицању од невласника, нема превише присталица. По нашем мишљењу, пошто је реч о правној празнини, има основа за аналогну примену правила о стицању својине од невласника на стицање ретенције од невласника и то према правилу да: ко може више (да стекне својину од невласника), може и мање (да стекне ретенцију од невласника).

Ово правило се, за сада, у домаћем праву такође логички изводи и за стицање ручне залоге од невласника (будући да је нерегулисано), под условом да су испуњени сви услови за стицање својине од невласника из ЗОСПО. У домаћој доктрини је и до сада било сличних ставова,⁹⁸² било да се предлагало овакво стицање ретенције по узору на стицање својине од невласника или ручне залоге од невласника. У Нацрту из 2011., у чл. 524 изричито је предвиђено стицање ретенције од неовлашћеног лица у моменту доспелости потраживања, уз остале законом предвиђене услове, од којих је кључан услов савесности ретинента.

С обзиром на потребу за сразмерним очувањем интереса трећег лица (власника ствари), али и општег интереса – а то је правна сигурност, сматрамо да овако важне правне последице убудуће не би требало решавати аналогно, већ регулисати нормом, на изричит начин (по узору на ШГЗ), што и јесте предлог поменутог Нацрта из 2011., али не и Преднацрта ГЗС, што сматрамо недостатком.

⁹⁸¹ Усамљени став у домаћој доктрини, о могућности ретенције дужникове ствари, ствари у својини трећег лица, али и своје ствари, изнео је аутор Р. Лоренц. Видети: Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада., стр. 1276. Тако и: Z., Stipković, *nav. delo*, str. 287.

⁹⁸² Р., Лоренц, *нав. дело*; Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1987, стр. 265-266; Н., Планојевић, *Стицање својине од невласника*, стр. 148, 151.

2. У другу групу регулатива које не регулишу изричито могућност ретенције ствари у својини трећих лица спадају оне које у законској формулацији не помињу експлицитно „дужникову ствар“ због чега остављају простора и за другачије тумачење. Ту можемо убројати следеће регулативе: немачку грађанску,⁹⁸³ аустријску грађанску⁹⁸⁴, италијанску⁹⁸⁵ и француску.⁹⁸⁶ Интересантно је приметити да исто решење садрже управо оне четири регулативе које ретенцију редукују на средство задржавања ствари (без могућности намирења).

Једно од постојећих тумачења у доктрини је да пошто у овим законским текстовима, по правилу, није прецизирано да је у питању: дужникова ствар, да може бити задржавана чак и ствар у својини трећег лица. Тако се у француској доктрини⁹⁸⁷ наилази на став да је ограничење титулара права својине на ствари дискутабилно и да је уклоњено из актуелног правосуђа. Други аутори⁹⁸⁸ ретенцију најчешће одређује управо кроз титулара својине на задржаној ствари као: „материјалну експропријацију *дужникове ствари*.“ Ипак и они истичу да је објекат задржавања *најчешће, али не нужно дужникова ствар*.⁹⁸⁹

Међутим, анализом доктринарних ставова⁹⁹⁰ о правној природи ретенције у овим регулативама, увиђамо да је реч о претежном схватању да је ретенција облигационо право, са дејством искључиво *inter partes*, које није компатибилно са дејством ретенције према трећим лицима.⁹⁹¹ Поготово се појединим страним ауторима не чини основаним прихватање идеје да се аналогно примењује правило о стицању од невласника, будући да ретенција у овим системима, по правилу није схваћена као право реалног обезбеђења, а нарочито не као институт коме би најсродније било заложно

⁹⁸³ Чл. 273 ст. 2 НГЗ. За разлику од немачке грађанске регулативе, немачка трговачка регулатива експлицитно наглашава да су у питању: „дужникове покретне ствари и хартије од вредности“.

⁹⁸⁴ Чл. 471 АГЗ

⁹⁸⁵ Чл. 1052 ИГЗ

⁹⁸⁶ Чл. 2286 ФГЗ

⁹⁸⁷ Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>.

⁹⁸⁸ N., Catala-Franjou, De la nature juridique du droit de rétention, Revue trimestrielle de droit civil, 1967., стр. 33.

⁹⁸⁹ Право ретенције се, по њиховом мишљењу, тако „савршено супротставља недужнику као власнику ствари, а да се тиме не имплицира стварноправност ретенције.“ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Staudinger, Gursky, J., *op. cit.*, стр. 161-162; Koziol, Welser, *op. cit.*, 1988., стр. 89-90.

⁹⁹¹ У немачкој доктрини са тако истиче следеће: „Мора постојати идентитет обе особе које имају право и које су истовремено обавезне: дужник који задржава мора истовремено да буде поверилац лица према коме задржава.“ Ако би се дозволило задржавање ствари у својини трећег лица (недужника) изгубио би се тај „идентитет“ лица. A., Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Bonn, 1904, стр. 19. У француској доктрини исти став заступа: A., Aynès, *Le Droit de rétention : unité ou pluralité ?*, 2005; M., Planiol, *op. cit.*, стр. 770.

право. Стога, по њиховој оцени, овде нема места за примену ретенције на стварима трећих ни у хипотези савесног ретинента.⁹⁹²

У немачкој,⁹⁹³ али и у аустријској доктрини⁹⁹⁴ се у овом смислу, као допунски аргумент, истиче и то да у чињеничном скупу који постоји код свих видова стицања од невластника обавезно фигурира уговор,⁹⁹⁵ док ретенција настаје непосредно на основу закона у ужем смислу (и то против воље дужника) тако да се ова аналогија, по оцени поменутих аутора, сматра немогућом.

Овај последњи аргумент стране доктрине по нашој оцени јесте значајан, јер примена законске аналогије подразумева сличност у битним елементима између регулисаног и нерегулисаног случаја. Ипак, у овом случају битан елемент чињеничног скупа је – савесност стицаоца овог реалног права обезбеђења, а не уговор, као правни основ. Осим тога, могућа је и примена правне аналогије, која ће свакако омогућити попуњавање ове правне празнине на већ предложени начин.

Иако је доминантни став доктрине поменутих земаља да је забрањено стицање ретенције од невластника, ипак, постоје и другачија мишљења.⁹⁹⁶ Основна аргументација аутора који заступају супротан став је широко законско одређење могућности ретенције: неке ствари, а не само дужникове ствари. Осим тога, очигледна је спрега између схватања правне природе овог института као стварноправне и повлачења паралеле са заложним правом по том основу. Осим тога, будући да у АГЗ ретенција не садржи овлашћење намирена из вредности задржаване ствари, која је иначе обавезни прерогатив заложног повериоца,⁹⁹⁷ сматрамо да је тим пре аналогија могућа, јер се мање оштећују интереси власника задржаване ствари, у односу на реализацију намирена из заложене ствари код залог.

⁹⁹² Von Gierke, *op. cit.*, стр. 466.

⁹⁹³ Baumbach, A., Duden, K., *Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9.*, München und Berlin, 1959., стр. 497.

⁹⁹⁴ P., Rummel, *Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten; Zur Interpretation des § 471 ABGB; Juristische Blätter*, 1977/19-20, стр. 521.

⁹⁹⁵ Чињенични скуп за стицање својине (или залог) од невластника по правилу и упоредноправно подразумева: покретну ствар; заснивање фактичке власти стицаоца предајом ствари; савесност стицаоца и коначно - пуноважан уговор.

⁹⁹⁶ F., Gschnitzer, *Sachenrecht*, Wien, 1968., стр. 206.

⁹⁹⁷ Интересантно је поменути да ни у немачком трговинском праву, које дозвољава намирена из вредности ретиниране ствари, није дозвољено стицање ретенције од невластника (на стварима трећих лица), јер како тамошња доктрина истиче: „одредбе које штите савесног стицаоца искључиво су ограничене на стицање својине, ручне залог и законског заложног права и не допуштају проширење овог правила на савесног ретинента.“ Дакле, иако је сличност немачке трговачке ретенције са залогом знатно већа, ни у том модалитету се не допушта стицање од невластника. Ипак, аутор предлаже *de lege ferenda* проширење овог принципа и на савесног ретинента у циљу подстицања трговинског промета, кредита и сл. Више код: F., Korn, *op. cit.*, стр. 38.

Међутим, ближом анализом случајева у којима аустријска доктрина⁹⁹⁸ прихвата ову могућност, уочава се следећа правилност: без изузетка је реч о случајевима поправке ствари, тј. увећања њене вредности, дакле о случајевима материјалног конекситета. Стога се као следеће питање намеће: утицај конекситета⁹⁹⁹ и његове врсте у конкретном случају на питање титулара својине на ретинираној ствари.

2.1. *Утицај конекситета на питање власништва ретиниране ствари.* Чини се да се питање својине на ретинираној ствари, у претходно поменутих државама одређује посредно. Наиме, у свакој од четири поменуте регулативе (немачка грађанска, аустријска грађанска, француска и италијанска) основни предуслов настанка ретенције је конекситет, тј. правна веза између обезбеђеног потраживања и ствари која се задржава. Тек ако постоји конекситет, ретенција може настати и обрнуто; а будући да сви ови системи по правилу познају две врсте конекситета: правни и материјални, та правна веза мора нужно упућивати на дужника из главног облигационог односа.

Наиме, када је у питању правни конекситет, поверилац може да ретинира ствар само ако она припада његовом личном дужнику из главног (по правилу уговорног) односа. На тај начин, у овим системима законска премиса везана за конекситет, имплицитно негира могућност да предмет ретенције буде ствар која не припада дужнику из тог главног, обезбеђеног дужничко-поверилачког односа.

Насупрот томе, када је у питању материјални конекситет, овакво ограничење не постоји, будући да тада „ствар одређује дужника“, а не обрнуто¹⁰⁰⁰. Реч је о ситуацији када „ствар дугује“¹⁰⁰¹, тј. када се ствар задржава због трошкова које је ретинент имао око ње. У сваком таквом случају, обезбеђено потраживање је „утеловљено“ у самој ствари, а дужник тог потраживања је свако лице које ствар потражује, иако ретинент претходно са тим лицем није био ни у каквом правном односу. Тако се у делу домаће доктрине закључује да се ствар *трећег лица* може ретинирати увек када је у њу нешто уложено (постоји трошак).¹⁰⁰² Међутим, морамо да приметимо да у случају материјалног конекситета заправо *нема трећег лица; јер ствар је свакако дужникова*, разлика је само што потраживање није настало раније, по неком посебном облигационом односу, већ је управо настало поводом те ствари.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹⁹ Конекситет, као посебан услов настанка ретенције, биће анализиран касније у раду.

¹⁰⁰⁰ Тако и: S., Petrić, *nav. delo*, str. 232.

¹⁰⁰¹ О могућности ретенције ствари у својини трећег лица у француском праву: L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁰⁰² Тако и: R., Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1276.

Посебна могућност која је предложена у делу домаће доктрине¹⁰⁰³ представља својеврсни компромис између два крајња решења: апсолутног омогућавања заснивања ретенције на стварима трећих лица, али и забране њеног пуног дејства у појединим случајевима, у циљу заштите интереса трећих лица, као власника. Ово тумачење подразумева да пун ефекат ретенције према трећима треба допустити само у случају материјалног конекситета, док у случају правног конекситета треба дозволити само прву фазу ретенције, а то је задржавање ствари у својини трећег лица у циљу вршења притиска на дужника (без права намирења). Ипак, чини се да овакво раздвајање дејства ретенције на стварима трећих лица, а према критеријуму врсте конекситета, ипак није у духу домаћег решења ретенције, које за сада не познаје услов конекситета, као претпоставку заснивања ретенције.¹⁰⁰⁴

2.2.3. Стицање ретенције на стварима трећих лица *de lege ferenda*

1. *По правилима о стицању од невластника.* Компарацијом претходно изложених решења, можемо уочити три могућа односа законодавца према могућности настанка ретенције на стварима које су у својини трећег лица и то: 1) изричито допуштање; 2) изричита забрана или 3) нерегулисање.

На једном полу је швајцарски законодавац који је ову могућност допустио и прецизно регулисао. Другу крајност, представљају решења која експлицитно прописују да ствар мора бити дужникова, без нормирања изузетка - савесног стицања од невластника. Трећа, средња група регулатива не нуди „готово“ решење овог проблема, већ препушта доктрини и пракси да тумаче ко су све потенцијални титулари својине на задржаваној ствари, чиме допушта могућност еволуције института, али и уноси правну несигурност.

Аксиолошки посматрано, швајцарско решење се чини најцелисходнијим, будући да предвиђа могућност савесног стицања ретенције од невластника, што је у складу са општеприхваћеном правном природом овог института у тој регулативи. С обзиром на ужу садржину ретенције (задржавање, без намирења) у трећој групи решења (НГЗ, АГЗ,

¹⁰⁰³ „*Stvar koja je vlasništvo treće osobe, a ne dužnika, može se uspešno zadržati samo radi eventualne prisile dužnika da ispuní povjeriočevo potraživanje, ali ne i radi naplate iz njezine vrijednosti, dok bi to bilo moguće u odnosu prema trećem vlasniku stvari samo onda ukoliko vjerovnik-retinent zadržava njegovu stvar zbog još neizvršene naplate povećanja njezine vrijednosti (jer npr. traži troškove za njezin popravak) u kojem slučaju postoji tzv. materijalni koneksitet...*“. В., Vizner, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1143.

¹⁰⁰⁴ Предлози будућег српског права садржани у различитим Нацртима указују на опстанак идеје ретенције на стварима дужника уз право намирења и то без обзира на конекситет.

ИГЗ и ФГЗ), која је по својим ефектима удаљена од заложног права, не чуди доминантно тумачење доктрине да је аналогија са стицањем од невластника овде неприменљива. Ипак, најмање адекватним решењем се чини модел друге групе регулатива, у коју спада и домаћа, где законом није призната могућност ретенције ствари у својини трећих лица, за разлику од швајцарског узора.

Стога, сматрамо да је у будућем српском праву, а у ситуацији останка при садашњој садржини ретенције, оправдана имплементација овакве норме у регулативу ретенције, која је по доминантним обележјима једно реално право обезбеђења потраживања, снабдевено овлашћењем намирења ретинента, баш попут намирења заложног повериоца. Како убудуће ово питање не би било предмет евентуалне аналогије са заложним правом, нити „камен спотицања“ доктрине, сматрамо целисходним изричито законско регулисање ове ситуације, као законом признатог изузетка.

У делу доктрине¹⁰⁰⁵ је разматрана аргументација за усвајање овде предложеног решења и изнета критика да је неправично, јер се њиме несразмерно повређују интереси трећег лица које може бити: а) депоседовано своје ствари и то неограничено дуго; или још и више б) трајно лишено својине на својој ствари, у ситуацији реализације ретинентовог права намирења, а све због туђег дуга.

Иако је ова аргументација на месту, ипак нам се не чини довољном за доношење закључка против предложеног решења. Наиме, сматрамо да одмеравање индивидуалних интереса лица која учествују у овом грађанскоправном односу, не открива *ratio* признавања овог изузетка. Јер колико је неправично повредити имовински интерес власника ствари, кога не би требало да се тиче однос повериоца и дужника, толико је неправично не пружити заштиту повериоцу-ретиненту, који задржава ствар за коју оправдано верује да је дужникова.¹⁰⁰⁶ Оба интереса су значајна, али законодавац ће предложеним решењем привилеговати један од њих, конкретно – интерес ретинента. Али, не зато што жели њему да пружи свеобухватнију заштиту на рачун интереса власника (недужника), већ зарад много важнијег, општег интереса, као што је *заштита поверења у правном промету*¹⁰⁰⁷. Правни промет покретности (а нарочито трговачки) је брз, масован и ретинент коме је ствар предата као дужникова,

¹⁰⁰⁵ S., Petrić, *nav. delo*, str. 237.

¹⁰⁰⁶ У немачкој доктрини се у вези са проблематиком стицања својине од невластника, истиче да је немогуће ову колизију решити на нивоу индивидуалних интереса инволвираних лица, јер «за сваког од њих говори неки наш глас изнутра». J., V. Hedemann, *Sachen recht des bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin, 1960, стр. 130.

¹⁰⁰⁷ О овоме више код: Н., Планојевић, *Стицање својине од невластника*, Крагујевац, 2008, стр. 532 и 535.

треба да буде заштићен у свом оправданом уверењу да ретинира дужникову ствар (или макар ствар којом је дужник овлашћен да располаже).

Овај предлог је начелно садржан у решењу Нацрта из 2011.¹⁰⁰⁸ као важна, а по нашем мишљењу сврсисходна новина, за разлику од решења Нацрта Грађанског законика, које не садржи могућност ретенције ствари у својини трећих лица. Овакво стицање је по нашем мишљењу оправдано, јер су испуњени сви услови које стицање својине (као и залог) од невласника треба да садржи.

2. *Стицање ретенције одржајем.* У страним регулативама, а ни у доктрини одржај се не спомиње као могући начин стицања ретенције на стварима у својини трећих лица (не-дужника). У домаћој доктрини се, по нашем сазнању, само један аутор¹⁰⁰⁹ дотакао ове проблематике, оцењујући овакву могућност као сврсисходну *de lege ferenda*. Наиме, он своју тврдњу заснива на схватању да је савесно вршење права задржавања у законом предвиђеном времену довољно да ретенцију са дејством *inter partes* претвори у ретенцију са дејством *erga omnes*. Тако, ако власник жели своју ствар натраг мораће најпре да намири повериочево потраживање, па да се за накнаду потом обрати дужнику.¹⁰¹⁰

Међутим, оцена овог аутора¹⁰¹¹ је да је овакво решење аналогно решењу ШГЗ из чл. 895 ст. 3, што сматрамо неадекватним, јер он овај изузетак, који назива „тренутним одржајем“¹⁰¹² уподобљава институту одржаја, који представља особени оригинарни начин стицања права, различит од стицања својине од невласника.

Упркос томе, начелну идеју нормирања одржаја као начина стицања ретенције на стварима у својини трећих лица оцењујемо као сврсисходну и као допунску могућност уз претходно предложено стицање ретенције од невласника. Уједно, овакав предлог је садржан у Нацрту из 2011.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁸ Чл. 524 Нацрта из 2011. је предвиђено следеће решење: „Поверилац потраживања из пуноважног правног посла уз накнаду, који је стекао исправну државину покретности *на основу тог посла*, стиче у часу доспелости потраживања право задржања те ствари и ако она није дужникова, ако није знао ни могао знати да ствар није дужникова, односно да не постоји овлашћење располагања“.

¹⁰⁰⁹ R., Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, str. 1276.

¹⁰¹⁰ Дакле, чак и у одсуству постојања материјалног конекситета, ретенција временом оснажује у право са дејством према свим трећим лицима, па и према власнику ствари. Протек времена у комбинацији са ефективним поседом туђе ствари (одређених квалитета) и савесношћу ретинента се тако доживљава као својеврсна казна за власника, који се дуго није интересовао за своју ствар.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Назив „тренутни одржај“ за стицање својине од невласника је по доминантном схватању доктрине сасвим неадекватан.

¹⁰¹³ Чл. 525 Нацрта из 2011: „(1) Поверилац који као *савесни држалац* задржава ствар *три године*, стиче право задржања. (2) На стицање права задржања одржајем *сходно* се примењују одредбе о стицању својине одржајем.“ Одређивање законског рока у трајању од три године сматрамо сврсисходним.

Међутим, нама се чини интересантним следеће питање: која категорија ретинената ће се користити овим начином стицања ретенције? За разлику од стицања од невластника, које се дешава тренутно, што га чини утолико примамљивим и за нетрговце и за трговце, код одржаја је неопходан посебан услов - протек времена. *Ratio* трговачке ретенције је брзо и ефикасно намирење; насупрот томе, *ratio* грађанске ретенције је најчешће (упоредноправно посматрано) примарно, а понекад и искључиво, вршење притиска неиздавањем ствари на захтев дужника. Стога је питање: да ли је одржај подједнако сврсисходан начин стицања ретенције за трговце и нетрговце?

Иако смо послове грађанског промета можда и није целисходно додатно штитити законским инструментима обезбеђења конституисаним на стварима трећих лица, чини се да разлог више за признавање одржаја као начина стицања ретенције за ретинента-нетрговца, представља допунска чињеница – а то је управо протек времена. Ако стицањем ретенције од невластника не треба привилеговати нетрговца тренутно, можда је оправданије обезбедити му ово право након протек законском предвиђеног рока. Насупрот томе, ретинент-трговац ће се неупоредиво чешће користити ретенцијом са тренутним дејством – по правилима о стицању од невластника.

3. *Стицање на основу пристанка трећег – власника ствари.* За разлику од претходна два предложена начина стицања ретенције на стварима трећих лица, који се дешавају независно од воље власника, оригинарно, на основу посебног чињеничног скупа (*ex lege* у ужем смислу), у доктрини је предложен посебан начин стицања ретенције, који је у складу са вољом власника (трећег лица). Могућност која је предложена у доктрини¹⁰¹⁴ је проширење ретенције и на ствар у својини трећег лица, које је пристало на задржавање његове ствари. Овакво тумачење је уобичајено у швајцарској доктрини¹⁰¹⁵ и начелно нам се чини као прихватљиво.

2.3. Ретенција своје ствари

За разлику од претходно разматране могућности проширења ретенције на ствари које су у својини трећих лица, у овој варијанти се у доктрини дискутује о следећем: да ли је могуће ретинирати сопствену ствар зарад обезбеђења доспелог потраживања

¹⁰¹⁴ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 236.

¹⁰¹⁵ У швајцарској доктрини се као пример наводи једна пресуда Савезног суда у којој је признато право ретенције чак и када је поверилац знао да задржава туђу ствар, која дакле не припада његовом дужнику, али под условом да је власник одобрио пренос ствари у повериочеву државину. Конкретно, реч је о случају када власник ствари одобри закупцу да ствар изда у подзакуп трећем лицу, које се овде појављује у улози ретинента. Видети: K., Ofinger, *op. cit.*, стр. 385.

према дужнику, у ситуацији када постоји обавеза њене предаје истом лицу? Примери које разматра немачка доктрина су следећи: а) ситуација када својина на ствари са дужника пређе на повериоца, али је треба поново пренети дужнику (*pactum de retrovendendo*); и б) ситуација када фидуцијар мора да поврати на њега пренету својину фидуцијанту.¹⁰¹⁶

Ретенција схваћена као „моћ блокирања“¹⁰¹⁷ издавања неке (било чије) ствари свакако дозвољава и овакву интерпретацију. Међутим, ретенција схваћена као специфично ограничено стварно право на туђој ствари (*ius in re aliena*)¹⁰¹⁸ начелно не дозвољава овакво проширење круга лица, као потенцијалних титулара својине на ретинираној ствари. Мада, контрааргумент овој тврдњи је да постоје и стварна права на својој ствари, попут: својинских службености, права грађења, својинске хипотеке и сл. Следећи ту логику, можемо поставити питање: зашто не дозволити и ретенцију своје ствари, као изузетак од правила да је она једно стварно право на туђој ствари?

Коначно, питање је: да ли оваква теза проширује објекат ретенције са ствари на чинидбу? Јер одбијањем предаје своје ствари дужнику заправо се задржава радња, у ситуацији када постоји обавеза на неку чинидбу (*dare*).¹⁰¹⁹ Ипак, могуће је да је предмет дуговане чинидбе управо повериочева ствар; тада се заиста у одређеном смислу *задржава нека ствар*, зарад обезбеђења одређеног потраживања.¹⁰²⁰ Да ли такво задржавање можемо квалификовати као ретенцију?¹⁰²¹ Чини нам се да одговор на то питање пре свега зависи од формулације самог законског текста, али и од прихваћене садржине и дејства ретенције у конкретној регулативи. Наиме, комбинацијом ова два критеријума можемо закључити следеће:

1. У регулативама чији прописи не регулишу изричито ретенцију „дужникове ствари“ чини се да је овакво проширење оправдано, а нарочито ако је ретенција по својој садржини у том правном систему редукована на средство притиска.¹⁰²² Таква је

¹⁰¹⁶ Видети: А., Baumbach, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II, Berlin, 1933., стр. 538.

¹⁰¹⁷ Serge Braudo, Dictionnaire du droit privé. Речник француског приватног права доступан на интернет адреси: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>.

¹⁰¹⁸ Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 737 и даље.

¹⁰¹⁹ Ово је као идеја најдоследије спроведено у НГЗ у чл. 273 ст. 1, кроз „ретенцију дуговане чинидбе“.

¹⁰²⁰ У овом смислу је важно уочити дистинкцију између ретенције своје ствари и приговора неиспуњеног уговора, о чему ће бити више речи у делу рада који се односи на разграничење ова два института.

¹⁰²¹ Односно, другачије формулисано: да ли је сваки вид задржавања у грађанском праву заправо ретенција: било да је у питању ствар, право, чинидба, имовина као целина и др?

¹⁰²² Став да је у домаћем праву могућа ретенција своје ствари заступа аутор Р. Лоренц, али тумачећи ово право искључиво као средство присиле, што је ретенција заиста традиционално представљала у српском праву пре доношења ЗОО. У време изражавања овог става већ је постојала Скица проф. Михаила Константиновића по којој је израђен текст Закона о облигационим односима из 1978. Упоредјујући текст Скице са решењима из предратних правних правила, као и са немачком цивилном ретенцијом, не чуди

ситуација у: немачкој грађанској, аустријској грађанској, француској и у италијанској регулативи¹⁰²³. У овим правним системима, ретенција представља „обично“ средство притиска на дужника да измири дуг, те у том смислу, одбијање издавања своје ствари, као противчинидбе има смисла. *Ratio* признавања ретенције повериоцу на сопственој ствари је у обезбеђењу коришћења једне фактичке привилегије – у којој се само делом постиже ефекат реалне гаранције. Док има ствар у поседу, поверилац је сигуран да му је противпотраживање ојачано (али не и реално обезбеђено). Али овакво «обезбеђење», које не садржи уновчење ретинираног објекта је слабог ефекта, јер све зависи од воље дужника. Право средство обезбеђења је само оно које зависи искључиво од повериоца који се може намирити ако и када пожели. У оваквом концепту ретенције међутим, предајом ствари дужнику поверилац губи фактичку власт, а тиме и привилеговану позицију, тј. ефикасну „моћ убеђивања“¹⁰²⁴ дужника да изврши дуговану престацију.

2. У регулативама које ретенцију дозвољавају само на „дужниковој ствари“¹⁰²⁵, а притом јој придају јаче дејство – средства намирења, чини се да је мала шанса признати законско право ретенције на својој ствари,¹⁰²⁶ будући да није могуће намирење из властите ствари, већ само из туђе.¹⁰²⁷ Ово је општеприхваћени став како домаће доктрине, тако и судске праксе (домаће, као и земаља у нашем окружењу¹⁰²⁸). Осим тога, одредба чл. 440 Нацрта из 2011. године гласи: "Заложно право, *осим права ручне залоге и права задржања*, може се имати на сопственој ствари". Ово сматрамо

став овог аутора којим новоусвојени концепт ретенције (швајцарски модел) оцењује као „непотпун и непринципијелан“. Р., Лоренц, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, 1978., стр. 1276-1277.

¹⁰²³ И у домаћој доктрини су постојала оваква тумачења, али само у концепцији пре доношења ЗОО 1978., када је усвојен трговачки модел ретенције, „ојачан“ овлашћењем намирења. У дотадашњој концепцији простог задржавања, сматрано је могућим и задржавање сопствене ствари у циљу вршења притиска на дужника. Тако: Z., Stipković, *nav. delo*, str. 287; *Pravna enciklopedija, nav. delo*, str. 454.

¹⁰²⁴ У делу француске доктрине се ретенција означава као: „моћ убеђивања дужника“ да измири дуг. N., Catala, Franjou, *op. cit.*, стр. 10.

¹⁰²⁵ Ретенцију на „дужниковој ствари“ нормирају следеће регулативе: српска, хрватска, македонска, словеначка, црногорска, регулатива БиХ. Швајцарска регулатива такође као правило поставља ретенцију дужникове ствари, али дозвољавкао изузетак – ретенцију ствари у својини трећег лица.

¹⁰²⁶ Ово би можда евентуално било могуће по аналогiji са својинском залогом, која представља овлашћење више за власника, у циљу очувања првенственог ранга. Интересантно је поменути да је у Нацрту из 2011. предложено увођење својинске залогe (Чл. 440 Нацрта), по узору на немачко право, а истовремено предвиђена сходна примена одредаба о ручној залози на ретенцију (Члан 527 Нацрта: "На задржање сходно се примењују одредбе о ручној залози"). Ипак, тиме нису отворена врата и за имплементацију својеврсне „својинске ретенције“ у домаћем праву *de lege ferenda*, будући да је творац Нацрта овакву могућност експлицитно забрадио.

¹⁰²⁷ Тако и: B., Vizner, *Primjedbe na članak Mr Jovana Gucunje o „Uslovima za vršenje prava zadržavanja prema zakonu o obligacionim odnosima*), *Glasnik advokatske komore Vojvodine, časopis za pravnu teoriju i praksu*, vol. 52, br. 1/1980., стр. 30.

¹⁰²⁸ „Prodavac se ne može osnovano pozivom na pravo zadržanja protiviti predaji stana kupcu, koji je ispunio svoju obavezu plaćanja ugovorene cijene zato što prema kupcu ima potraživanja zbog povećane cijene stana, jer stvar nije dužnikova (kupčeva) i jer nije riječ o potraživanju proisteklom iz troškova održavanja stvari.“ *Deo sentence iz presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev-80/90 od 5. Prosinca 1990.*

корисним прецизирањем Нацрта, којим се потврђује правна природа ретенције као *ius in re aliena* (и то без изузетка), за разлику од Преднацрта ГЗС у коме је питање могућности настанка „својинске ретенције“ нерегулисано.

Наше је мишљење да концепт ретенције која садржи овлашћење задржавања и намирења, који за сада следи наша позитивна регулатива, али очигледно и предложена будућа (садржана у оба нацрта), у ретенцији превасходно „препознаје“ средство ефикасног намирења потраживања, што је модел у који се ретенција сопствене ствари тешко може уклопити.

Ипак, у хипотези раздвајања трговачког и грађанског концепта ретенције и свођења овог другог на обичну ретенцију - ретенција повериочеве ствари била би могућа, јер *ratio* овог „облика права задржавања“, не би било превасходно намирење, већ задржавање (неиздавање) ствари (дакле било чије) у циљу вршења притиска на дужника да дуг измири. Притом, овде би било неопходно разграничити домашај примене ретенције своје ствари од неких сродних института облигационог права, са сличном улогом.¹⁰²⁹

II Ретенција чинидбе

Поред држава у којима ретенција за свој предмет може имати само ствар, постоје и оне у којима се сматра да предмет ретенције може бити и чинидба. Без обзира што се овакав закључак може извести из ставова правне теорије неких држава из нашег узорка¹⁰³⁰, чињеница је да је само у једној од њих оваква могућност законом изричито призната. Реч је о немачком праву¹⁰³¹, у коме грађанскоправна ретенција за свој предмет може имати: 1) *задржавање чинидбе* (сопствене) и 2) *задржавање ствари* (сопствене или туђе), које се такође посматра као задржавање чинидбе на предају те ствари. Тако испада да је и ретенција ствари заправо увек у ширем смислу - *ретенција*

¹⁰²⁹ У делу домаће доктрине се потпуно искључује могућност ретенције своје ствари будући да потребу за њеном применом, по овом схватању, анулира облигационоправни приговор (*exceptio non adimpleti contractus*). В., Vizner, Primjedbe na članak Jovana Gucunje..., *nav. delo*, str. 31. Нама се ипак чини да постоји једна ужа област која није покривена овим приговором. Реч је о допунским, накнадним обавезама које настају током извршења узајамних обавеза сауговарача код двострано обавезујућих синалгаматичних уговора. Овим питањем се нарочито бавила швајцарска доктрина, те закључила да у овом смислу веома корисну улогу има ретенција своје ствари, али као особени модалитет ретенције облигационоправног карактера - ретенција сопствене чинидбе, а не као општа ретенција из чл. 895 ШГЗ, која је стварноправног карактера, те као таква, неприменљива на сопственој ствари. Видети: Н., Oser, W., Schönenberger, *Das Obligationenrecht, Zürich, Schulthess & Co.*, 1936., стр. 1495.

¹⁰³⁰ Француски правни писци сматрају допуштеном и ретенцију чинидбе.

¹⁰³¹ Видети: чл. 273 ст. 1 и ст. 2 НГЗ

*чинидбе предаје ствари*¹⁰³², тако што по жељи можемо ставити акценат на: а) дужникову ствар или на б) саму чинидбу предаје, враћања ствари дужнику, као радњу облигационоправног карактера.

Међутим, овај приступ је атипичан и постоји само у НГЗ. Осим тога, и у швајцарском праву постоји један случај ретенције чинидбе о чему ће такође бити речи. Остале државе овакву могућност не предвиђају законом, али се у делу доктрине неких од њих тумачењем долази до закључка да је изузетно дозвољена и ретенција чинидбе, уз ретенцију ствари која важи као правило.

Ипак, схватању које и ретенцију ствари «види» као ретенцију чинидбе предаје ствари могу се упутити бројне критике. По нашем мишљењу, није немогуће да објекат ретенције поред дужникове ствари може бити и дужниково потраживање, тј. чинидба, чије испуњење поверилац дугује дужнику. Оно што је спорно је став да се ретенција ствари може посматрати као ретенција чинидбе предаје ствари, што би у крајњој линији значило да свака ретенција за свој предмет има чинидбу (која се састоји у враћању ствари дужнику или извршењу неке друге радње).

Наиме, задржавање сваког од ова два објекта подобно је како да послужи вршењу притиска на дужника да испуни своје потраживање, тако и да се поверилац намири из њихове вредности – уколико су уновчиви. Ипак, задржани објекти се по својој природи разликују: док је ствар објекат дужникове својине, чинидба је објекат дужниковог (пуноважног) потраживања према повериоцу.

У првом случају ретинент задржава туђ својински објекат, лишавајући дужника-власника државине и коришћења ствари, по основу законом гарантованог права ретенције, чија му садржина пружа овакву могућност као једину (обична ретенција) или као једну од могућности, поред намирења (квалификована ретенција). У другом случају, поверилац задржава своју обавезу (условно речено, јер на обавези извршења одређене радње није могућа државина), односно одлаже извршење сопствене обавезе, радње-чинидбе (која може имати различиту садржину, како позитивну, тако и негативну), а која произлази из засебног облигационог односа између дужника и повериоца.

Дакле, када дужник не изврши своју обавезу према повериоцу, он ће одбити извршење своје обавезе према дужнику, али као овлашћење које је саставни део ретенције чинидбе, ако би она као таква била призната законом одређене државе.

¹⁰³² Тако и: Р., Лоренц, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, стр. 1276; С., Петрић, *нав. дело*, стр. 213.

Неспорно је да садржину ретенције увек чини (позитивно) овлашћење задржавања њеног објекта (буквално, вршењем фактичке власти, када је у питању ствар или у преносном смислу, одлагањем извршења, када би то била чинидба), а ако је ретенција квалификована, онда је чини и овлашћење намирења из вредности задржаног објекта.

Ако бисмо сада ретенцију ствари желели да посматрамо као ретенцију чинидбе на предају, враћање ствари дужнику, као што се то чини у немачком праву, дошли бисмо у ситуацију да нам садржину ретенције не чине два позитивна овлашћења (задржавање и намирење), него једно негативно овлашћење: радња ускраћивања предаје ствари – када се више и не би радило о ретенцији. Дакле, овако посматрано ретинент више не задржава ствар, он ускраћује њену предају и то чини садржину ретенције, па би још из те чинидбе требало и да се намири – што је тешко замислити.

Ипак, ни у једном правном систему ретенција није креирана са таквом садржином. Ретинент на основу закона у одређеним ситуацијама регулисаним законом стиче право на државину ствари, а повраћај ствари дужнику је његова обавеза само када му дужник намири потраживање – слично обавези заложног повериоца код ручне залогe на повраћај ствари. То може бити истовремено и његова обавеза из нпр. уговора о закупу, на основу ког је примио ствар у државину и сада је задржава, али он сада на ствари има ново право и нови државински основ – ретенција уместо (истеклог) закупа. Повраћај ствари дакле, није радња, чинидба као предмет ретенције, већ саставни део законом креиране садржине ретенције на ствари (једна од неколико повериочевих обавеза о којима је било речи).

Из ових анализа произлази да се ствар не може схватити као задржавање чинидбе на предају ствари, већ да би евентуално чинидба могла бити објекат ретенције у другим ситуацијама. Ипак, таква ретенција би била специфична, посебан облик ретенције, јер би тада задржавање заправо значило нешто друго, а то је: одлагање извршења своје обавезе према дужнику као средство притиска и евентуално намирење повериоца из вредности дуговане чинидбе, ако је то уопште могуће. Објекат ретенције би тада нпр. могле бити чинидбе из дужникових потраживања која су погодна за компензацију са потраживањем повериоца према дужнику, а у сваком случају не свака чинидба.

Зато и не чуди да се сматра да је чинидба погодан објекат само обичне ретенције, која је средство притиска (тада би погодан објекат ретенције могао бити највећи број чинидби), али не и квалификоване ретенције, која садржи овлашћење намирења. Оваква ретенција би имала и другачију природу, па би вероватно била

облигационо право (предмет јој је чинидба) и обухватала би само задржавање – одлагање намирења дужниковог потраживања, а не право на ствари.

У домаћем, као и већини других правних система законодавац не даје основа за то да предмет ретенције може обухватати и чинидбу.

1. Врсте чинидби које могу бити објекат ретенције

Доктрини је, чини се, било лакше да одреди које се то чинидбе не могу задржавати (ретинирати), од оних које могу. На првом месту се тако искључују чинидбе предаје ствари, јер њих смо већ сврстали у ретенцију ствари, а не ретенцију чинидбе. Затим се, по правилу, искључују као потенцијални објекат ретенције и оне чинидбе које произлазе из двострано обавезујућих синалгаматичних уговора, будући да се на њих примењује други институт (облигационог права) - приговор неиспуњеног уговора.¹⁰³³ Као један од разлога за искључење ретенције чинидбе, у делу немачке доктрине¹⁰³⁴ се наводи и „противречност ретенције моралним обавезама“, а као пример се наводи ретенција законских потраживања алиментације.

Међутим, „проблем“ разграничења настаје у делу немачке доктрине, јер поједини тумачи НГЗ не могу повући јасну црту између ретенције чинидбе и приговора неиспуњеног уговора. Наиме, често се овај приговор означава као „подврста права ретенције“¹⁰³⁵, која се примењује баш код задржавања главне престације код синалгаматичких уговора. Ипак, ово није већинско схватање ни у немачкој доктрини,¹⁰³⁶ и то из оправданих разлога.

За разлику од аутора¹⁰³⁷ који случајеве ретенције чинидбе у упоредном праву деле на: а) задржавање главне чинидбе и б) остале случајеве задржавања чинидбе, ми ћемо ову полазну поделу одбацити као сувишну, јер очигледно је да у првом наведеном случају није реч о ретенцији чинидбе, већ о приговору *exceptio non adimpleti contractus*.¹⁰³⁸ Имајући у виду немачко позитивно право и доктрину, ми ћемо покушати

¹⁰³³ Р., Лоренц, *нав. дело*, стр. 1276.

¹⁰³⁴ Видети: Ennecerus, Kipp, Wolf, *op. cit.*, стр. 86. Cf. R., Lorenc. Pravo zadržanja (*ius retentionis*), doktorska disertacija, str. 64.

¹⁰³⁵ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 1971., стр. 247.

¹⁰³⁶ Söergel, Kommentar zum BGB, стр. 560.

¹⁰³⁷ S., Petrić, *нав. дело*, стр. 213-214. Притом, ауторка чак наводи да први случај не представља ретенцију чинидбе, већ приговор неиспуњеног уговора, али ипак задржава овакву систематику, што по нашој оцени није сасвим адекватно.

¹⁰³⁸ Додатни аргумент у прилог нашој тврдњи је чињеница да је приговор неиспуњеног уговора, као посебан институт, регулисан у посебној одредби, у чл. 320 НГЗ (*Die Einrede des nichterfüllten Vertrags*).

да нађемо сличности између чинидби које могу бити објекат ретенције, схваћене као особени институт (различит од претходно поменутог приговора).¹⁰³⁹ У ове случајеве можемо да убројимо следеће: 1) ретенцију споредне чинидбе из двострано обавезујућег уговора и 2) све остале чинидбе.

1. *Ретенција споредне чинидбе из двострано обавезујућег правног посла* експлицитно је предвиђена само у два законска текста и то на различит начин: 1) као опште правило и 2) као изузетак. *Као правило*, ретенција споредне чинидбе је регулисана у чл. 273 ст. 1 НГЗ, будући да је задржавање главне чинидбе из оваквих правних послова регулисано у чл. 320 НГЗ, те нема преклапања у примени ова два института. *Као изузетак*, ретенција споредних чинидби (из двострано обавезујућих уговора) регулисана је као особени модалитет у швајцарском праву под називом - облигациона ретенција. Ово специфично право задржавања чинидбе признато је оставодавцу, послугодавцу и налогодавцу¹⁰⁴⁰, јер њихова радња нечињења у овом случају није заштићена приговором неиспуњеног уговора, будући да није у питању главна чинидба из двострано обавезујућег правног посла, већ споредна.¹⁰⁴¹

Конкретно, на примеру налогодавца то значи следеће: ако је налогопримац за рачун налогодавца у своје име стекао конкретно *потраживање* према трећем лицу, онда оно прелази на налогодавца, *тек када он са своје стране испуни своје обавезе из овог односа налога*. Очигледно је реч о задржавању сопствене чинидбе, а не о задржавању дужникове ствари. Исто тако „налогодавац може у стечају налогопримца, под резервом права ретенције, да поврати покретне ствари, које је он стекао за његов рачун». Ова чинидба није у односу каузалитета (реципроцитета) са противчинидбом друге стране, те може бити заштићена само овом посебном „ретенцијом чинидбе“¹⁰⁴².

2. *Ретенција осталих чинидби* је друга категорија „нематеријалних објеката“ ретенције у коју доктрина¹⁰⁴³ убраја следеће чинидбе чије задржавање има за циљ узајамно извршење престација: а) чинидбе из једнострано обавезујућих уговора (нпр. обећање поклона)¹⁰⁴⁴; б) из једностраних правних послова (нпр. јавно обећање

Стога, се очигледно чл. 273 ст. 1 односи на неке посебне чинидбе, а не главне из двострано обавезујућих уговора.

¹⁰³⁹ Притом, у сваком поједином случају је реч о задржавању чинидбе која нема карактер главне чинидбе из sinalгаматичког уговора, из кога произлази повериочево потраживање.

¹⁰⁴⁰ Видети: чл. чл. 475 ст. 2, чл. 307 и чл. 402 ст. 1 ШЗО. Видети више код: Н., Oser, W., Schönerberger, Das Obligationenrecht, Zürich, Schulthess & Co., 1936., стр. 1495.

¹⁰⁴¹ О овом модалитету ретенције чинидбе облигационе природе видети: К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 400.

¹⁰⁴² Н., Oser, W., Schönerberger, Das Obligationenrecht, Zürich, Schulthess & Co., 1936., стр. 1495-1496; Brander, O., Das Retentionsrecht, Zürich, 1933., стр. 162.

¹⁰⁴³ R., Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, стр. 1276.

¹⁰⁴⁴ § 518 НГЗ

награде)¹⁰⁴⁵; в) из грађанскоправних деликата¹⁰⁴⁶; г) из брачног односа, д) као и из закона непосредно (нпр. неосновано обогаћење)¹⁰⁴⁷; чак и е) чинидбе из два или више правних извора.¹⁰⁴⁸

За разлику од немачког права, које ретенцију чинидбе посматра као правило¹⁰⁴⁹; као и од швајцарског права, које ретенцију чинидбе нормира као изузетак, закони осталих регулатива из ове групе, изричито то не допуштају.¹⁰⁵⁰ Притом, закључак о недопустивости ретенције чинидбе је најоправданији у АГЗ који садржи формулацију: „предаја ствари“.¹⁰⁵¹ Ипак, део аустријске доктрина¹⁰⁵² ово коментарише као преуско одређење, које узрокује правну празнину код института ретенције, која има много шири потенцијал, између осталог и за ретенцију чинидбе.

За разлику од њега, италијанска, али и доскорашња француска регулатива овом питању су приступале казуистички, без постојања регулативе ретенције као општег института, па самим тим и без регулативе објекта овог института. Међутим, за разлику од француске доктрине у којој поједини аутори сматрају дозвољеном и ретенцију чинидбе, у италијанској доктрини¹⁰⁵³ ово питање није сматрано спорним – безизузетно је негирана могућност задржавања чинидбе. Разлог за то је вероватно изградња опште теорије ретенције проширивањем принципа ретенције савесног држаоца који нужно мора задржавати ствар у којој су «утеловљени» трошкови, као потраживање које се задржавањем ствари обезбеђује.

¹⁰⁴⁵ § 657 НГЗ. Као пример аутор наводи следећу ситуацију: Лице А као налазач оштети нађену ствар, за коју је лице Б као власник – реномирани сликар, јавно обећало налазачу као награду (једностранни правни посао) израду његовог портрета; ову незаменљиву чинидбу Б ће задржати, одбити да испуни, све док му налазач не преда поправљену ствар. R., Lorenc, *op. cit.*, стр. 1276.

¹⁰⁴⁶ § 823 НГЗ

¹⁰⁴⁷ § 812 НГЗ

¹⁰⁴⁸ У доктрини се као пример наводи ситуација када су дужници из два различита бесплатна уговора дужни да један другоме врате примљену ствар, а један од њих то неће да учини, када другом припада право задржања испуњења (право одбијања) своје чинидбе све док прво лице не испуни своју обавезу. В., Vizner, *nav. delo*, стр. 1144.

¹⁰⁴⁹ У немачкој доктрини се тако истичу следеће чинидбе као предмет могућег задржавања: захтеви из облигационих односа; затим, из стварноправних односа (попут захтева за уношењем одређених исправки у земљишне књиге); даље, из наследноправних односа, породичноправних, брачних и сл. Видети: Palandt, *op. cit.*, стр. 322. Подобним објектом ретенције се чак сматрају и чинидбе које нису предмет извршења, аналогно могућности задржавања незаплењивих ствари (пр. послодавац може задржати исплату награде за рад). Видети: Н., Wisenthal, *op. cit.*, стр. 19; Fischer, Henle, *op. cit.*, стр. 161.

¹⁰⁵⁰ Дозвољавањем ретенције „неке ствари“, могуће је широм интерпретацијом подвести овде и ретенцију сопствене ствари, односно чак и сопствене чинидбе. Међутим интересантан је закључак до ког смо дошли прегледом аустријске, француске и италијанске доктрине о овом питању. Готово без изузетка, аутори са ових простора не признају могућност ретенције сопствене чинидбе.

¹⁰⁵¹ Чл. 471 АГЗ: „*Herausgabe*“ (*predaja stvari*), што се односи само на материјалне ствари, не и на чинидбе. Gschnitzer, *Sachenrecht*, стр. 204.

¹⁰⁵² Н., Klang, *op. cit.*, стр. 364.

¹⁰⁵³ Видети: Р., Basso, *op. cit.*, стр. 139. 140. Caravelli, *op. cit.*, стр. 301.

Насупрот томе, француска судска пракса је у појединим случајевима модификовала физиономију овог института, допуштајући ретенцију и на чинидбама. У већем делу француске доктрине¹⁰⁵⁴ ово је критиковано као правно неосновано, јер се у тој регулативи, ретенција традиционално описује као „ефекат детенције ствари“. Стога се делу тамошње доктрине чине неоправданим покушаји судске праксе да дематеријализује ствар као објекат ретенције, односно да дематеријализује посед.¹⁰⁵⁵

У складу са тим, институт ретенције у модерном француском праву по нашем мишљењу треба да се развија у правцу прецизирања објекта ретенције као: *ствари*.¹⁰⁵⁶ То је и потврђено последњим законским изменама, којима је у овом правном систему учињен заокрет, те коначно формулисан општи појам ретенције (садржан у чл. 2286 ФГЗ), који експлицитно означава њен објекат као: ствар (а не чинидбу).

Ипак, у делу савремене француске доктрине¹⁰⁵⁷ овако одређен објекат ретенције се тумачи као: примарно телесна ствар, али се истиче и да објекат може бити и потраживање, тј. чинидба. Суштински, чинидба је објекат потраживања, што значи да је објекат ретенције, заправо право, потраживање. А пошто је објекат потраживања чинидба, онда се каже да је објекат ретенције – чинидба. По мишљењу поменутог аутора, поверилац по правилу има фактичку, материјалну, ефективну власт над ретинираним објектом; али та ефективна моћ може се вршити и над нетелесном ствари, тј. правом.¹⁰⁵⁸ Чак је последњим ставом члана 2286 ФГЗ уведена и тзв. „фиктивна ретенција“¹⁰⁵⁹ којом се ретинентом означава и оно лице које: „има залогу без лишавања поседа“ (посебна веза ретенције са залогом је иначе особеност француског права). У овој варијанти „ретенције“ очигледно се елиминише посед као премиса настанка ретенције, па и потреба за постојањем телесне ствари као објектом ретенције.¹⁰⁶⁰ Тиме се практично иде у корак са афирмисањем бездржавинске залогне, као сврсисходног, али ипак особеног института и губи веза са кореном ретенције, а то је управо *corpus* ствари. Негирањем материјалног карактера ретенције, нужне физичке везе са ствари, доводи се у питање чак и сам назив института „задржавање“, јер како један француски аутор

¹⁰⁵⁴ Derrida, Encyclopédie Dalloz, p. 46; Scapel, *op. cit.*, стр. 549.

¹⁰⁵⁵ Ову појаву „дематеријализације објекта и поседа ствари“ смо претходно описали у делу рада који се односи на врсте ретенције.

¹⁰⁵⁶ Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose.

¹⁰⁵⁷ Augustin Aynès, *Le Droit de rétention : unité ou pluralité*, Paris, Economica, 2005., стр. 50.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ Називом „фиктивна“ ретенција у француској доктрини се означава феномен да се правном фикцијом, као законском техником, фингира ефективна власт на ретинираној ствари.

¹⁰⁶⁰ О сувишности услова детенције у савременом француском праву видети: А., Aynès, *Le Droit de rétention : unité ou pluralité*, Paris, Economica, 2005., стр. 49-71.

истиче, „да би се нешто задржало, мора се претходно држати“¹⁰⁶¹. А како држати и још више – задржавати потраживање или чинидбу?¹⁰⁶²

Ипак, у норми у којој се, као основни услови за настанак ретенције, издвајају само: „моћ блокирања, неплаћено потраживање и конекситет између ова два елемента“¹⁰⁶³, чини се да је и ретенција чинидбе начелно уклопива у концепт проширеног објекта ретенције савременог француског права.¹⁰⁶⁴

2. Ретенција чинидбе у домаћем праву *de lege ferenda*

Након детаљне компаративне анализе, наш је утисак да ретенција са проширеним предметом и то као: 1) ретенција чинидбе и 2) ретенција ствари, омогућава низ бенефита ретинентима. Тако, решење НГЗ познаје ретенцију са два различита објекта, чиме се: максимално проширује круг могућих објеката грађанске ретенције и омогућава да објекат ретенције буде било шта што се може задржати и тако постати средство дозвољене самозаштите.

Наиме, пандан ствари је чинидба. Ако говоримо о ретенцији својине, пандан је ретенција потраживања. И залога и ретенција за објекат увек имају овлашћења узета из неког права: својине или потраживања. Оба ова права садрже овлашћење располагања, па омогућавају намирење. Само својина има и државину, а потраживање нема, па је задржавање чинидбе, као објекта потраживања, више фигуративан израз, него што означава нешто стварно. Реч је заправо само о неиспуњењу чинидбе, а не о задржавању у државинском смислу речи.

¹⁰⁶¹ Француски аутори истичу да је доминантни представник овог мишљења професор Marly. Видети: Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. Речник доступан на интернет адреси: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>.

¹⁰⁶² Чини нам се да је француски законодавац уочио да је судска пракса почела битно да трансформише кључне сегментне овог института, те је општим законским условима за конституисање ретенције настојао да отклони различита виђења које су до сада одликовале тамошњу праксу, али и доктрину. Ипак, остаје питање да ли је тиме ретенција француског права редукована само на телесне ствари или је пак проширена и на чинидбе, поготово у ситуацији када тамошња доктрина не може да се усагласи око квалификације овог права као личног или стварног средства обезбеђења потраживања. Могуће оправдање овог спора у тамошњој доктрини је у додатној регулативи фиктивне ретенције (као особене врсте ретенције француског права), при чему изостаје посед ствари, а предмет ретенције је право на потраживање цене остварене продајом претходно ретиниране ствари.

¹⁰⁶³ Cf. Ernest Désiré Glasson, *Du Droit d'accroissement entre co-héritiers et entre co-légataires, en droit romain. Droit de rétention, sous l'empire du Code Napoléon*, 1862; Augustin Aynès, *Le Droit de rétention : unité ou pluralité*, Paris, Economica, 2005., стр. 83.

¹⁰⁶⁴ Овакво тумачење је притом сасвим у складу са претходно изложеним ставовима француске судске праксе, која је вековима изграђивала овај институт, проширујући стално поље његове примене.

Ретенција чинидбе егзистира строго на нивоу облигационих односа, дужничко-поверилачких, те за њу важе правила облигационог права.¹⁰⁶⁵ *Ретенција ствари* се у НГЗ уређује као један модалитет ретенције, у коме као битан елемент фигурира ствар – материјални предмет у својини дужника, који је тренутно у државини ретенента, а чијим се неиздавањем власнику, врши притисак у циљу измирења дугованог. У овом случају, право задржавања (*Zurückbehaltungsrecht*) има такође улогу самопомоћи, али и контуре једног *реалног средства обезбеђења* које „своју моћ црпи из ствари“.

Тамошња доктрина закључује да је ова цивилна ретенција немачког права - облигационо право, самим тим што не садржи овлашћење намирења. Међутим, сматрамо да је садржина ретенције у овом случају питање које нема везе са њеном правном природом, па се једно право чији је непосредни објекат ствар (а које има и друга својства стварних права) не може сматрати облигационим само зато што не садржи овлашћење намирења.

Предност оваквог решења је у ширем досегу потенцијалних објеката ретенције, што сматрамо целисходним.¹⁰⁶⁶ На овај начин су уважене реалне потребе већине ретенента, који истина не могу продати ретинирану ствар, али бар могу пуно тога задржати.

Међутим, на овом месту уочавамо недостатак немачке регулативе, која у цивилној ретенцији ствари - никада не препознаје могућност намирења и приближавања концепту трговачке ретенције (која увек омогућава *ius distrahendi*). Ово сматрамо решењем које није целисходно у свим ситуацијама у пракси, а свакако није усклађено са другачијим, наднационалним тенденцијама израженим у ДЦФР-у, а који садржи решење ретенције – као права намирења.

Стога нам се немачко решење грађанске ретенције (ствари или чинидбе), са искључивим овлашћењем задржавања - не чини идеалним узором за будуће српско право, јер неоправдано ускраћује ретененту-нетрговцу квалификовану ретенцију, оснажену овлашћењем намирења. Прихватањем таквог, суштински другачијег решења од постојећег у ЗОО бисмо лишили повериоца неупоредиво снажнијег средства заштите, а уједно условили прекид домаће правне традиције, будући да је ретенција у ЗОО (дакле још од 1978. год.) нормирана као средство намирења, без изузетка.

¹⁰⁶⁵ Њено дејство је строго *inter partes*, лишена је стварноправних прерогатива, јер нема ствари као објекта задржавања, која би била у фокусу ретенције. Једино заједничко са ретенцијом ствари, јој је теоријско-филозофско порекло у заједничкој идеји – задржавања. Овакво прецизирање наводи: О., Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, *op. cit.*, стр. 248.

¹⁰⁶⁶ Тако, објекат ретенције могу бити: покретне уновчиве, али и покретне неуновчиве ствари (јер циљ њиховог задржавања није, нити може бити продаја); а уз то, што је веома важно – и непокретне ствари.

Коначно, поделу према професији из НГЗ не сматрамо оптималним решењем, јер је неоправдано ускратити ретиненту-нетрговцу намирење, ако је задржавана ствар уновчива.

Ипак, остаје питање: да ли и на који начин искористити предности немачког решења, које познаје и тзв. ретенцију чинидбе, као потенцијалну допуну постојеће ретенције ствари? Предлог дела хрватске доктрине¹⁰⁶⁷ је останак при постојећој концепцији из ЗОО (а то је модел јединственог регулисања грађанске и трговачке ретенције у форми квалификоване ретенције), што је уједно и предлог Нацрта ГЗС, као и Нацрта из 2011., али уз допуну опште ретенције - посебним модалитетом ретенције, која би за свој предмет имала чинидбе (по узору на ШЗО). Том својеврсном ретенцијом чинидбе била би попуњена правна празнина: задржавање чинидбе у оним ситуацијама које нису покривене приговором неиспуњеног уговора, нити институтом ретенције ствари (јер није у питању ствар, већ чинидба).

Овакав предлог чини нам се адекватнијим од евентуалног предлога да узор за будуће српско решење буде концепт ретенције из НГЗ. Иако врло разрађен и правно прецизан, немачки систем регулисања ретенције је компликован и прихватљив само уз све особености ретенције у Немачкој, посебно с обзиром на начин на који се одређује предмет ретенције. Ипак, управо Немачка и Швајцарска су државе које регулишу посебан модалитет ретенције чији је предмет чинидба и које су нас инспирисале на идеју да се објекат ретенције и у српском будућем праву прошири увођењем и једне нове врсте ретенције, тзв. облигационоправне, чији би предмет била чинидба. Дакле, реч је пре свега о предлогу увођења ретенције која би по својој садржини била – обична (без права намирења), као у ШЗО и у НГЗ.

Међутим, потенцијално је овај предлог могуће и даље разрадити. Наиме, могућа модификација претходно формулисаног предлога је: проширење објекта ретенције и на чинидбе, уз право на намирење из вредности ретиниране чинидбе. Ипак, то би значило сужавање круга чинидби такве ретенције, као што је и круг ствари - на уновчиве. То би и даље била облигациона ретенција због објекта, а могла би бити двојака према својој садржини: обична или квалификована.

¹⁰⁶⁷ S., Petrić, *nav. delo*, str. 220.

ОДЕЉАК 4

ПОСЕД СТВАРИ КАО УСЛОВ

Посед ствари је један од услова за заснивање ретенције чија неопходност до скоро, у законодавствима ни у доктрини, није била довођена у питање. Идеја задржавања неке ствари, логично претпоставља претходно држање исте; оно није могуће без предузимања апрехензионих радњи према ствари, без постојања физичке власти, тј. без икаквог просторног односа према њој.¹⁰⁶⁸ Поједини законодавци, попут домаћег, чак захтевају «држање такве ствари у рукама»¹⁰⁶⁹, као гаранцију фактичког обезбеђења повериоца-ретинента и предуслов одбијања повраћаја ствари на захтев дужника.

Реч је о потврди опште идеје да «наставак депоседовања» дужника обезбеђује интерес ретинента, а истовремено има улогу и у информисању трећих лица о томе да можда постоји извесно право задржаоца на дужниковој ствари. Депосесија дужника, односно «продужено» поседовање ствари од стране ретинента, мора бити видљиво, стално и континуирано¹⁰⁷⁰, све док основна обавеза не буде испуњена¹⁰⁷¹. На тај начин, држање ретиниране ствари постаје услов настанка ретенције, а по ставу француске доктрине чак и средство публицитета ретенције.¹⁰⁷² Ипак, иако је фактичка власт на ствари општеприхваћени услов за конституисање ретенције, поједини аутори¹⁰⁷³ је у својим анализама не издвајају као особени елемент законског чињеничног скупа.

Пре свега, опредељење законодаваца за субјективни или објективни концепт државине, директно проширује или сужава домаћај примене ретенције у пракси. Такође, захтевани квалитети, као и врсте државине веома утичу на могућност

¹⁰⁶⁸Услов постојања ефективне, континуиране, непрекинуте државине је нужен не само у европскоконтиненталном праву, већ и у англоамеричком. Ипак, у тамошњој доктрини се (као и у европској) сматра начелно спорним питањем да ли привремени губитак државине ствари доводи до престанка *possessory lien-a* или не. У противном, нежељени, противправни губитак поседа омогућава државинску заштиту *lienor-u*. Више о томе видети: Sykes, *op. cit.*, стр. 557.

¹⁰⁶⁹ Чл. 286 ЗОО

¹⁰⁷⁰ У делу домаће доктрине се истиче да није неопходно непрекидно трајање поседа, те да је довољно држање ствари у оно време када треба вршити право ретенције. С., Бранковић, Право ретенције, стр. 526.

¹⁰⁷¹ Z., Rašović, Zalogoprimečno pravo na državinu i pravo retencije, Sudska praksa, 1992/4, str. 90. Аутор разматра функцију депоседовања дужника непосредно у контексту ручне залог, а посредно и ретенције.

¹⁰⁷² Montel, voce „Pegno (Dirritto vigente)“, in Noviss. Dig. It. XII, Torino, 1965., стр. 777; Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach o esterreichichen burgerlichen Recht, Wien, 1897., стр. 155.

¹⁰⁷³ Чак ни у појединим обимнијим радовима који се баве ретенцијом као предметом опсежнијег истраживања, фактичка власт на ствари (државина, односно ретенција) се не издваја као особени услов у чињеничном скупу законских услова *sine qua non*. Посед се додуше помиње, али само посредно, у контексту ствари као објекта ретенције. Тако: R., Lorenc, Pravo zadržanja (*ius retentionis*), doktorska disertacija, Beograd, 1966., стр. 51-70.

ретинирања у пракси, због чега ће ова три питања и бити предмет наше анализе у овом делу рада. Коначно, упркос тврдњама највећег дела доктрине да је посед ствари услов *sine qua non* ретенције и *de lege ferenda*, чини нам се да последње измене у појединим законодавствима¹⁰⁷⁴ релативизују овакве ставове, због чега је потребно размотрити и идеју тзв. дематеријализоване ретенције.

I Титулар ретенције у субјективној концепцији државине

Субјективна концепција државине као држаоца¹⁰⁷⁵ квалификује само оно лице које поред *corpus-a* поседује и субјективни, вољни елемент поседа, а то је *animus rem sibi habendi*.¹⁰⁷⁶ Ову концепцију следе регулативе романског правног круга (француска и италијанска), као и аустријска регулатива. У ову групу спада и некадашња српска регулатива¹⁰⁷⁷, која је важила до доношења ЗОСПО, када је усвојена објективна концепција државине.

У складу са идејом да је ретенција могућа само на туђој (по правилу дужниковој) ствари¹⁰⁷⁸, логично је што се улога ретинента и држаоца ствари не поклапају у овој концепцији поседа. У субјективном концепту државине ретиненти су детентори, где се убрајају и она лица која су претходно имала статус држаоца, али су моментом стицања ретенције (тренутак када се државина претворила у задржавање) уместо држаоца - постала детентори. Свако лице које предузима апрехензионе радње према ствари сматра се прикладним титуларом права ретенције, али то не значи да се ретенција ускраћује и тзв. „помоћницима ретинента“¹⁰⁷⁹ (што је специфично за државе са субјективним концептом државине). Наиме, у француској доктрини се истиче да је детенција тих „помоћника“ заправо продужетак детенције њихових послодаваца, те и

¹⁰⁷⁴ Законске измене које су довеле у питање читав концепт ретенције традиционално схваћене као строго државинског права обезбеђења догодиле су се у француској регулативи (2006. и 2008. године). Њима је уведена тзв. фиктивна ретенција, којом се фингира посед ретинента, о чему је већ било речи. Са друге стране, за регулативе англосаксонског правног подручја је типично разликовање државинских и недржавинских *lien-a*, те је за прве - посед дужникове ствари нужан услов настанка, за разлику од других, који настају и постоје без фактичке власти на ствари.

¹⁰⁷⁵ Држалац је, дакле, лице које не признаје туђу вишу власт на ствар, сматрајући себе власником, са основом или без.

¹⁰⁷⁶ Видети више код: N., Gavella, *Posjed stvari i prava*, Narodne novine, Zagreb, 1990., стр. 6.

¹⁰⁷⁷ Пре доношења ЗОСПО 1980., важила је субјективна концепција државине у српском праву. Стога је ретинент детентор баш зато што није својински држалац. Тако и: R., Lorenc, *nav. delo*, стр. 65; Z., Stipković, *nav. delo*, стр. 287; H., Klang, *op. cit.*, стр. 365.

¹⁰⁷⁸ У француској доктрини се ова чињеница илуструје на следећи начин: „ретинент врши својеврсну експропријацију дужникове ствари; дакле, *ретинент није власник и он то добро зна*“. N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁰⁷⁹ Derrida, *op. cit.*, стр. 46; G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, стр. 20.

они могу бити признати као ретиненти, али који ретинирају ствар у туђе име.¹⁰⁸⁰ Као пример у литератури се наводи комисионар који има фактичку власт на ствари за свог комитента као повериоца-ретинента. Други начин да се ретенција врши за рачун повериоца од стране трећег лица јесте секвестрација, тј. принудна управа.¹⁰⁸¹

Детентори-ретиненти су лица која по неком правном основу ефективно држе туђу ствар, искључењем власника, али и трећих лица из њеног физичког поседа. У француској доктрини¹⁰⁸² се тако истиче „удаљеност ретенције од неких савремених средстава обезбеђења потраживања која су бездржавинског карактера, јер је егзистенција ретенције нужно повезана са ефективним, физичким утицајем на ствар¹⁰⁸³. О спреси ретенције и фактичке власти на ствари у француској регулативи најбоље сведоче следеће две оцене: „ретенција је ефекат детенције“¹⁰⁸⁴ и „материјална експропријација на ствари свог дужника“.¹⁰⁸⁵ Фактичка власт на ствари тако даје ретиненту важну „негативну корист“, а то је да каже „не“ свима који траже испоруку ствари.¹⁰⁸⁶

Општи услови пуноважне детенције као предуслова ретенције су: да није заснована манљиво, да се не врши противно начелу савесности и поштења и да је њено задржавање у складу са личним интересом детентора.¹⁰⁸⁷

Решење којим се могућност ретенције признаје сваком детентору (лицу које не поседује *animus* да ствар држи као своју) је у складу са усвојеном (субјективном) концепцијом државине, јер када би услов ретенције била државина, она би била редукована на ретке ситуације у пракси. Те ситуације када држалац држи ствар „као власник“ су следеће: савесни купац који није стекао својину, будући да је уговор непуноважан; затим, лопов и утајивач туђе ствари који имају самосталну (својинску) државину, али нису савесни држаоци; са друге стране, стварни власник ствари не може бити ретинент, јер предмет ретенције мора бити дужникова ствар. Усвајањем оваквог

¹⁰⁸⁰ Ова лица не могу ретинирати ствар „за себе“ и тиме се супротставити ономе за чији рачун врше детенцију (пр. возач или благајник не могу ретинирати ствари у својој апрехензији против свог послодавца). *Ibid.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁰⁸³ Ипак, исти аутор упозорава на тенденције у савременој француској судској пракси која повремено дозвољава ретенцију и без детенције ствари (као пример, наводи се продавац аутомобила на кредит као ретинент, при чему се у закону фингира да испорука ствари није извршена (законска фикција детенције продавца). О манама тзв. „невидљиве“ детенције видети више код: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 36.

¹⁰⁸⁴ „Ретенција је последица детенције“. X., Henry, et alia, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010., стр. 2248.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ Обично је у питању: закупац, послугопримац, оставопримац, плодоуживалац, заложни поверилац, комисионар и др.

решења, по коме ретинент може бити сваки детентор, али утолико пре и држалац ствари,¹⁰⁸⁸ максимално је проширен круг потенцијалних субјеката у улози ретинента у правним системима који усвајају ову концепцију државине, што је сврсисходно решење.¹⁰⁸⁹

II Титулар ретенције у објективној концепцији државине

За разлику од претходне концепције која подразумева постојање субјективног, тј вољног елемента (*animus domini*), у објективној концепцији је држалац лице које има фактичку власт независно од тога да ли има право на државину или не, а ако га има, независно од тога о којој врсти права је реч, тј. да ли ствар држи са вољом да је држи као своју или за друго лице.¹⁰⁹⁰ Држалац и у овој варијанти мора имати природну државинску вољу, али та воља никако није *animus rem sibi habendi*. У овој концепцији ретинентом се сматра сваки држалац ствари, али не и детентор,¹⁰⁹¹ јер он предузима апрехензионе радње по упутствима држаоца.¹⁰⁹²

Објективну концепцију државине прихватају: немачка¹⁰⁹³, швајцарска¹⁰⁹⁴, домаћа¹⁰⁹⁵, као и регулативе настале распадом бивше СФРЈ¹⁰⁹⁶. У швајцарској¹⁰⁹⁷ и у немачкој доктрини¹⁰⁹⁸ се истиче да је неопходна *државина* ствари као предуслов ретенције и то стечена пре тренутка истицања приговора ретенције¹⁰⁹⁹. Насупрот томе,

¹⁰⁸⁸ L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 345.

¹⁰⁸⁹ Француска доктрина наглашава да је довољно да ретинент има просту материјалну детенцију ствари да би био титулар ретенције: „*pour retenir il faut detenir*“. Е., Glasson, *Du droit de rétention*, Strasbourg, стр. 53.

¹⁰⁹⁰ Н., Планојевић, *Стварно право у пракси*, стр. 42.

¹⁰⁹¹ У домаћем праву чл. 71 ЗОСПО. У домаћем праву детентор је дефинисан као: „Лице које по основу радног или сличног односа, или у домаћинству врши фактичку власт за друго лице, а дужно је да поступа по упутствима овог другог лица“, те стога за њега закон експлицитно прописује да: „нема државину“. Он је лице које нема аутономност одлучивања у погледу ствари, не рукује њоме по сопственом нахођењу, нити има лични интерес који поседом остварује, те му се стога не признаје статус држаоца-ретинента. Ипак, питање је може ли се преко њега вршити ретенција? Чини се да је одговор потврдан, јер непосредна државина постоји када се врши лично или преко детентора, што нпр. ДЦФР изричито и предвиђа.

¹⁰⁹² Видети: § 855 НГЗ

¹⁰⁹³ У немачкој регулативи државина је регулисана у следећим параграфима: 854-871 НГЗ.

¹⁰⁹⁴ Државина је у швајцарском праву регулисана у следећим одредбама: чл. 919-925 ШГЗ.

¹⁰⁹⁵ Чл. 70 ЗОСПО

¹⁰⁹⁶ Тако и: чл. 12 хрватског ЗВДСП. Чланом 303 ЗСП (у Републици Српској) је предвиђено да непосредни држалац може вршити фактичку власт на ствари: лично или преко помоћника у државини (детентора). Што значи да детентор може вршити фактичку власт само за држаоца, не за себе због чега у овој концепцији он никако не може имати улогу ретинента. Д., Медић, *Право задржавања (ретенције)*, стр. 536.

¹⁰⁹⁷ Tuor, Schnyder, *op. cit.*, 1979., стр. 737-738; К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 362.

¹⁰⁹⁸ Р., Lohman, *Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht*, Leipzig, 1908., стр. 34.

¹⁰⁹⁹ Тако и: С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 66.

детенција није довољна за заснивање ретенције.¹¹⁰⁰ Постоје међутим у тамошњој доктрини и супротна схватања, али су она у мањини.¹¹⁰¹ Тако се у доктрини¹¹⁰² истиче да се праву на државину противника ретенције (власника задржаване ствари) супротставља *против-право држаоца*, које мора да буде посебно засновано.

Предност оваквог решења је максимално проширење круга лица која могу бити ретиненти. Са друге стране, ово је могуће захваљујући специфичној, регулативи државине у немачком праву, које познаје више различитих категорија држалаца.¹¹⁰³ Иако је неспорно да ће у пракси типични ретинент бити у статусу непосредног несвојинског држаоца, у складу са објективним концептом државине је изједначавање положаја непосредног и посредног држаоца.¹¹⁰⁴ Наиме, непосредни држалац је тај који има ствар у физичкој апрехензији, али то у немачкој регулативи не утиче на једнаку заштиту интереса посредног држаоца који се такође може наћи у улози ретинента.

С обзиром да је објективни концепт државине доминантан у нашем истраживачком узорку, даље излагање биће усклађено са овом концепцијом, али ћемо неке специфичности квалитета детенције (као услова ретенције у неким државама) у оквиру субјективне концепције државине такође анализирати у следећем делу рада, у циљу компарације.

III Квалитети државине ретинента

Највећи број држава из нашег узорка предвиђа као најважније својство које државина ретинента мора имати – одговарајући начин њеног стицања. Својство о коме је реч условно речено можемо назвати неманљивошћу државине, мада су формулације око начина прибављања државине од стране ретинента, које поједини законодавци користе у овом контексту такве да се не уклапају у потпуности у оно што се у домаћем и сродним правима традиционално сматра манљивом државином, па ћемо овај термин само условно користити. Изузетно, за поједине модалитете ретенције, попут ретенције

¹¹⁰⁰ У литератури се као пример наводи читалац књиге у библиотеци, купац у продавници док разгледа робу и сл., што су само илустрације тренутног просторног односа са ствари, који не „даје“ државину. О граничним случајевима између изведене државине и детенције у швајцарском праву и признавању ретенције и у таквим ситуацијама видети више код: К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 362.

¹¹⁰¹ Cf. Rossel-Mentha, *op. cit.*, стр. 311. Овај аутор сматра да државина ствари није неопходна, већ да је довољна детенција, дакле просто поседовање ствари од стране повериоца пре настанка и реализације ретенције.

¹¹⁰² Н., Westermann, *op. cit.*, стр. 139.

¹¹⁰³ *Ibid.*

¹¹⁰⁴ Обе категорије држалаца имају правни интерес који треба заштити, а оба лица имају ефективни правни утицај на ствар.

савесног држаоца туђе ствари који је изгубио реивиндикациони спор, су посебним прописима експлицитно предвиђени и неки други квалитети државине као нужни, пре свега савесност, а доктрина понекад захтева и још нека својства државине ретинента.

Да бисмо утврдили да ли државина ретинента треба да има одређене квалитете и које, у даљем тексту ћемо извршити анализу законских решења и ставова доктрине о следећим квалитетима државине ретинента: 1) савесност (као субјективни) и 2) законитост (као објективни квалитет). Захтев да државина не сме бити манљива, у домаћем концепту се обухвата објективним квалитетом законитости државине,¹¹⁰⁵ али ће у раду он бити издвојен као особени квалитет државине.

1. Квалитет савесности државине

Упоредноправно посматрано, значај савесности као квалитета државине ретинента различит је код опште ретенције и код једног посебног модалитета ретенције, о коме је већ било речи, а то је - ретенција савесног држаоца који је изгубио реивиндикациони спор. За разлику од опште ретенције, код овог облика савесност државине је изричито предвиђена законом као *conditio sine qua non*.¹¹⁰⁶

1.1. Врсте ретенције код којих је савесност државине услов *sine qua non*

Ситуација када је савесност државине експлицитно законом предвиђена као допунски услов за настанак ретенције, односи се на случај ретенције (савесног) држаоца ствари, који је изгубио спор по реивиндикационој тужби, те је обавезан да по пресуди врати ствар власнику, победнику у овом спору. Како би заштитио своје *недоспело* потраживање, у вези са задржаном ствари законом је овом ретиненту изричито признато *посебно право ретенције* – задржавање ствари око које је ретинент претходно имао трошкове или је учинио извесна побољшања на њој. За разлику од савесног, несавесни држалац ово право нема, упркос чињеници да је и он имао трошкове око ствари. Овај модалитет ретенције, код кога је савесност држаоца (у моменту прибављања државине ствари о којој је реч) услов њеног настанка, постоји и у

¹¹⁰⁵ Чл. 72 ст. 1 ЗОСПО

¹¹⁰⁶ Поједини примери из судске праксе доказују да је ово питање врло спорно; тако, постоје пресуде које ретенцију признају искључиво савесном држаоцу, чак и по општим правилима из ЗОО: “Pravo zadržanja (retencije) pripada samo savjesnom posjedniku”. (Vs H, Gzz. 35/87, od 20. 1. 1988. - Psp 39 - 53).

регулативама које прихватају субјективну, као и у онима које прихватају објективну концепцију државине.

1. *Савесност ретинента који је изгубио ревиндикациони спор у субјективној концепцији државине.* Иако је по правилу ретинент детентор (лице које нема *animus rem sibi habendi*), постоје посебни случајеви када закони држава које прихватају овај концепт државине изричито захтевају савесност као услов ретенције¹¹⁰⁷. То је случај када је реч о лицу које у моменту прибављања фактичке власти на ствари и по субјективној концепцији има статус савесног држаоца, јер себе погрешно сматра власником ствари, али накнадно, у моменту подношења виндикационе тужбе сазна да то није, те истицањем приговора ретенције правом власнику, настоји да обезбеди своје потраживање трошкова уложених у ствар коју је сматрао својом.¹¹⁰⁸ Моментом истицања тужбе ово лице свакако добија статус детентора и престаје бити савесно. Ипак, реч је о лицу које је имало „добру веру“, а које је потом схватило да није власник.

У италијанској доктрини¹¹⁰⁹ се као *ratio* признавања ове ретенције наводи принцип правичности: не би било правично да „несуђени“ власник не сме да задржи ствар у коју је уложио извесна средства, у ситуацији када је прави власник виндицира. Ово правило свакако важи и за савесног наследника који то својство касније изгуби.¹¹¹⁰ Са друге стране ретенција се у оваквој ситуацији никада не признаје несавесном поседнику.¹¹¹¹ Ипак, наведено правило има статус посебног, везаног за посебан модалитет ретенције о коме је било речи, што би значило да не важи као општи услов настанка ретенције и у осталим случајевима.¹¹¹²

¹¹⁰⁷ У италијанском праву: чл. 1152 ИГЗ (ретенција савесног држаоца). У аустријском праву овај услов је садржан у чл. 326 АГЗ, а односи се на посебан модалитет ретенције савесног држаоца из чл. 334 АГЗ. По овом основу савесни држалац има право да задржава дужникову ствар због уложених нужних и корисних трошкова које је имао око ствари.

¹¹⁰⁸ Чл. 1152 ИГЗ

¹¹⁰⁹ L. Mezzanote, *Il diritto di ritenzione dall' autotutela alla pena privata*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da P. Perlingieri, 1995., стр. 93.

¹¹¹⁰ Реч је о тзв. „имаоцу наследних добара у доброј вери“, који је погрешно сматрао да је постао наследник, те да је ствар коју држи његова, али ово само под условом да није крив за то (јер у тој ситуацији престаје *bona fides*). Видети: чл. 535 ИГЗ.

¹¹¹¹ Већи део италијанске доктрине искључује могућност ретенције несавесног држаоца, који има лоше намере: *mala fides*. С. М., Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2012., стр. 779; De Martino, F., *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Biondi, Bologna, 1976., стр. 48. Ипак, део италијанске доктрине истиче да овде треба правити разлику према врсти ствари која се ретинира, па тако: за непокретности ретенција се признаје само поседнику који има *bona fides*; а када су у питању покретне ствари (нарочито хартије од вредности) ретенцију треба признати и лицу са *mala fides*, али ограничено: само за трошкове чувања ствари и за учињена побољшања. Р., Basso, *op. cit.*, стр. 140.

¹¹¹² *Ibid.*

Стога се слажемо са оценом појединих италијанских правних писаца¹¹¹³ који критикују овакав исход, будући да узрокује исти правни третман за две различите ситуације: а) забрану ретенције туђих ствари за несавесног држаоца због трошкова око њих и б) забрану ретенције ствари које су на недозвољени начин изашле из државине власника (или су тако доспеле у руке ретинента). Овде је реч о томе да италијанско, а ни француско право не разликују савесност и законитост државине.¹¹¹⁴ У већини држава овде је реч о два засебна квалитета државине, а то су: несавесност (у првом случају) и манљивост (у другом случају). Док је други квалитет апсолутно недопустив у свим регулативама, савесност се различито схвата када је у питању општа ретенција.¹¹¹⁵

2. *Савесност ретинента који је изгубио ревиндикациони спор у објективној концепцији државине.* Упркос преуској формулацији из домаћег ЗОСПО¹¹¹⁶, општеприхваћено схватање савесности државине у домаћем праву, али и другим државама које прихватају објективни концепт државине је следеће: савесни држалац је оно лице које не зна и не може знати да нема право на државину ствари. Притом, овде је реч о савесности код само једне посебне врсте ретенције, а то је ретенција лица које је изгубило виндикациони спор, а за потраживање трошкова око ствари.

Савесни држалац има право да одбије предају ствари све док му власник не надокнади нужне и корисне трошкове које је имао око ствари.¹¹¹⁷ Будући да за несавесног држаоца право ретенције није изричито предвиђено, највећи део швајцарске доктрине¹¹¹⁸ закључује да је ово право с разлогом ускраћено несавесном држаоцу. Међутим, неки аутори¹¹¹⁹ сматрају да, с обзиром да није законом директно искључено, ово посебно право задржања треба аналогно признати и несавесном држаоцу.¹¹²⁰ Чак се

¹¹¹³ Scapel, *op. cit.*, стр. 548.

¹¹¹⁴ Д., Стојановић, *нав. дело*, стр. 26.

¹¹¹⁵ Поједини аутори подвлаче да се савесност ретинентове детенције сматра правно релевантном само у погледу постанка права задржања, тј. да ли се до дужникове ствари дошло са вољом дужника или против његове воље, а чим се ствар једном ваљано нашла у његовим рукама, ретинентов досадашњи однос према ствари постаје ирелеватан, те је једино битно да се ствар налази у његовој апрехензији. В., Vizner, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, стр. 1143. Међутим, оно што поменути аутор назива савесношћу односи се заправо на захтев да државина буде права (неманљива), тј. да није заснована *vi, clam, precario*.

¹¹¹⁶ Видети: чл. 72 ЗОСПО

¹¹¹⁷ Савесни држалац нема право на луксузне трошкове, али има право одвајања (*ius tollendi*). Видети: чл. 939 i 940 ШГЗ

¹¹¹⁸ Р., Tuor, В., Schnyder, J., Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995., стр. 626; К., Ofinger, *op. cit.*, стр. 399.

¹¹¹⁹ Stark, E., W., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV, 3. Abt; 1. Teilb: Der Besitz; Das Sachenrecht, Bern, 1966., стр. 206.

¹¹²⁰ Поменути аутор предлаже аналогију са чл. 939 ст. 2 ШГЗ. Аргументација је следећа: реч је о јединственом институту, а једина разлика је у врсти и обиму трошкова обухваћеним накнадом на коју има право савесни, односно несавесни држалац.

и у хрватској доктрини¹¹²¹ износе оцене да је овакво решење утемељеније, нарочито при паралели са немачким, које овакву разлику не прави.¹¹²²

Ипак, нама се чини да је кључни разлог за различито решење у погледу ретенције за савесног и несавесног држаоца тај што се савесност генерално боље вреднује у вези свих питања код спора по реивиндикационој тужби, почев од обавезе враћања плодова, користи од ствари и накнаде штете, па и ретенције.

Специфичност немачке регулативе ретенције држаоца ствари који је око ње имао извесне трошкове у односу на све друге државе из нашег узорка је у томе што одредба чл. 1000 НГЗ¹¹²³ за овај особени модалитет ретенције не захтева као услов - савесност ретинента.¹¹²⁴ Потенцијално објашњење оваквог приступа, изнето у доктрини,¹¹²⁵ је следеће: сматра се довољном „казном“ за несавесног држаоца то што му је смањен обим трошкова које ће моћи да надокнади, те је сувишно ускратити му и ретенцију.

Коначно, можемо закључити да све државе, како субјективног, тако и објективног концепта, за држаоца који је изгубио виндикациони спор траже услов савесности, изузев немачког права. Са друге стране, специфичност италијанског решења је атипично спајање услова савесности са законитошћу, што сматрамо последицом неразликовања (или недовољног разликовања) ова два различита квалитета државине у италијанском праву.

1.2. Ретенција држаоца који је изгубио реивиндикациони спор у домаћем праву

У домаћем праву ретенција лица које је изгубило виндикациони спор од власника ствари је регулисана у ЗОСПО,¹¹²⁶ а посебним прописима у правима земаља у нашем окружењу¹¹²⁷. У циљу заштите недоследног потраживања¹¹²⁸ савесном држаоцу је

¹¹²¹ S., Petrić, *nav. delo*, str. 256.

¹¹²² Притом, правне импликације оваквог решења нису мале, будући да би се додељивањем ретенције несавесном држаоцу који је имао трошкове око ствари, значајно проширио домашај примене ретенције у пракси. Ове последице би биле утолико значајније у швајцарском праву, које општим правилима чл. 895-898 ШГЗ не дозвољава ретенцију непокретности, као ни ствари које се не могу изложити продаји.

¹¹²³ § 1000 НГЗ

¹¹²⁴ За разлику од швајцарског решења које прави ову дистинкцију признајући ретенцију експлицитно савесном држаоцу („*der gutgläubiger Besitzer*) у чл. 939 ШГЗ, немачко решење признаје ретенцију сваком држаоцу („*Der Besitzer kann...*“). Сл. 1000 NGZ.

¹¹²⁵ S., Petrić, *nav. delo*, str. 258.

¹¹²⁶ Чл. 38 ст. 7 ЗОСПО

¹¹²⁷ Видети: чл. 12 хрватског ЗВДСП

¹¹²⁸ Савесни држалац тако има право на накнаду нужних трошкова за одржавање ствари, затим корисних (у мери у којој је вредност ствари повећана), изузетно и луксузних, а свакако има право и на *ius tollendi*.

експлицитно признато право задржавања,¹¹²⁹ за разлику од несавесног.¹¹³⁰ У делу доктрине¹¹³¹ се овакво решење критикује као несразмерно строго према несавесном држаоцу, који је: већ довољно „оштећен“ редуковањем обима трошкова које може да потражује, те да „нема разлога не признати му право задржања као „повериоцу ваљаног, законом признатог потраживања“.

Упркос делимичној утемељености претходног става, ми се ипак не можемо сложити са претходном тврдњом да је овакво искључење безразложно, јер основна премиса ретенције је улога замене за тужбу; тј. вансудска, приватна заштита права као алтернатива судском поступку. У делу доктрине се истиче да се често пренебрегава чињеница да је ретенција савесног држаоца један изузетан вид ретенције, који одступа од општег постулата ретенције грађанског (па и трговачког) права, а то је заштита *доспелог* потраживања. Због тога неки аутори сматрају да општа ретенција из чл. 286 ЗОО не захтева савесност ретинента као услов, јер се њоме обезбеђује доспело потраживање.

Међутим, нама се чини да нема везе између ова два услова, те да је њихова релација вештачки успостављена. Наиме, савесност се односи на ситуацију везану за прошлост (ретинент је био савесни држалац до подизања тужбе), а доспелост потраживања у овом случају није могућа из техничких разлога (када би се она тражила не би било ретенције). Стога, сматрамо да је услов савесности само доследно спровођење линије различитог третмана савесног и несавесног држаоца у виндикационом спору (а и шире, у целокупном грађанском праву). Ово се односи на следеће сегменте поменуте регулативе: трошкове; накнаду за коришћење; преко накнаде штете, па коначно до ретенције.

Даље, претходно поменути аутор¹¹³² наводи да је апсурдна ситуација у којој: исти држалац - поверилац нема право ретенције за осигурање потраживања трошкова везаних за ствар коју мора да врати власнику, а може ту исту ствар да ретинира ако према власнику има доспела потраживања по неком другом основу.¹¹³³ Коначно,

¹¹²⁹ Чл. 38 ст. 7 ЗОСПО

¹¹³⁰ Несавесни држалац има право на накнаду нужних трошкова које би имао и власник да се ствар налазила код њега, као и корисних али само под условом да су власнику лично корисни. Он нема право на накнаду луксузних трошкова, али има право на *ius tollendi*. Чл. 39 ЗОСПО (ст. 4-7)

¹¹³¹ S., Petrić, *nav. delo*, str. 259-260.

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ Иако ова ситуација на први поглед делује неоправдано, ипак, остаје поменута базична разлика да је прво потраживање недоспело, а друго доспело. А управо доспелост потраживања, по нашем мишљењу, оправдава заснивање ретенције као реалног обезбеђења ненамиреног, доспелог, а угроженог потраживања.

аргументација да предложено решење (ретенција у корист несавесног држаоца) постоји и у НГЗ, те га треба аналогно примењивати и у тумачењу домаће норме, није адекватна, будући да је домаће решење у језичком и логичком смислу ближе швајцарском, које прави јасну разлику између *дозвољене ретенције савесног држаоца* туђе ствари и обрнуто, *недозвољене ретенције несавесног држаоца*.¹¹³⁴

1.3. Да ли савесност државине треба да буде додатни услов опште ретенције?

За разлику од претходне ситуације, која је неспорна у доктрини и пракси, на питање о потреби за постојањем савесности државине ретинента код опште ретенције могуће је дати два различита одговора: 1) сви услови који су неопходни за настанак ретенције таксативно су предвиђени општом нормом, те сваки који није изричито наведен, не треба вештачки додавати у тражени чињенични скуп, јер се тиме отежава заснивање ретенције, што није сврсисходно; или 2) изворно, ретенција настаје из начела правичности и савесности и поштења, те је неспојиво са њеном суштином, као и најапстрактније одређеним *ration*, дозволити њено занимање у корист лица које је несавесни држалац дужникове ствари, тј. лица које је знало или је могло знати да на ствари коју држи нема никакво право.

Прегледом ставова домаће и стране доктрине можемо закључити да су ово два базична (а супротна) смера разматрања ове проблематике. Ипак, при анализи аргумената за и против, увиђа се да је неупоредиво више разлога против усвајања оваквог тумачења за опште правило о ретенцији *de lege ferenda*.¹¹³⁵

Нама се чини да претходно треба разграничити две ситуације: 1) да ли се савесност односи на државину која је претходила заснивању ретенције; или 2) на државину након заснивања ретенције. „Прва“ савесност се законом не тражи као услов, па се може закључити да и лице које је било држалац ствари, за коју зна да нема право да је држи, може касније ту ствар задржати – сада у улози ретинента.

Што се „друге“ савесности тиче (држаоца као ретинента), несавесни ретинент је држалац дужникове ствари који *зна да* по закону или уговору *нема право на ретенцију*,

¹¹³⁴ Савесност државине је тако допунски услов овог модалитета ретенције, који се управо по овом елементу и назива, за разлику од општег правила о ретенцији из ЗОО, које не захтева савесност.

¹¹³⁵ Разлози су следећи: 1) ово је *lex specialis*; те није адекватно закључивање проширењем, тј. индукцијом; 2) овај модалитет ретенције је по више сегмената специфичан, другачији од ретенције уређене ЗОО, да би важила иста правила; 3) језичко и логичко тумачење, а највише циљно (телеолошко) говоре у прилог недодавања услова савесности: није садржан у тексту норме, ни експлицитно ни имплицитно; а није ни сврсисходно његово имплементирање у овај контекст.

али ствар ипак држи (нпр. зна да му је потраживање недоспело). Ако по закону или по основу уговора нема право на ретенцију (у ситуацији када не испуњава услове за то) – онда он и не може бити ретинент, свеједно да ли је знао за то или не, тј. да ли је био савесни или несавесни држалац.

Код посебне ретенције држаоца који је изгубио реивиндикациони спор, реч је о савесности држаоца не у смислу ретенције (да ли је знао да има право на државину у својству ретинента), већ у контексту друге врсте односа - реч је о савесности пре виндикације, а поводом питања права на ствари. Наиме, овде је реч о следећем: да ли је држалац веровао да има неко право на ствар (закуп, својину и сл.), па ју је зато и држао и није дао власнику – сматрајући себе власником, па се испоставило да није.

Разлика је у следећем: код посебне ретенције ретинент-држалац верује да има право на државину ствари: пре виндикационе тужбе, а по основу права својине, неистеклог закупа и др. Код опште ретенције морало би се тражити да држалац верује да има право на ретенцију, то би био предмет његове савесности, тј. добре вере; дакле, не да има неко право на државину, него да верује да има право на ретенцију (нпр. као савесни својински држалац који верује да је власник).

Питање је стога: да ли је савесност те врсте потребан услов за ретенцију, тј. да држалац верује да има право на ретенцију? Чини нам се да било да је ово лице савесно или не - оно јесте ретинент, ако испуњава законске услове и обрнуто: савесно или не, ово лице неће бити ретинент, ако не испуњава законске услове. А законски услови не траже савесност ни код првобитног заснивања државине ствари. Ситуација је слична као код својине: лице може веровати да није власник, али ако су сви законски услови за стицање својине испуњени, савесност, као субјективно уверење о томе је ирелевантна.

Чак нам се чини могућом и следећа ситуација: држалац може веровати и да има право на општу ретенцију (дакле, он може бити савестан), одбити повраћај ствари власнику позивајући се на ретенцију, потом, изгуби виндикациони спор, јер се испоставило да је погрешно веровао да има право на ретенцију, које заправо нема по закону, када он мора ствар вратити власнику. Међутим, и тада он може вршити ретенцију исте те ствари као савесни држалац (који је изгубио ону првобитну, општу ретенцију кроз виндикациони спор), само сада за трошкове око ствари, као посебну ретенцију савесног држаоца, који је изгубио виндикациони спор.

Коначно, на основу свих претходних аргумената, можемо оправдано закључити да савесност државине није битна за општу ретенцију, ни у ком облику: ни као савесност при првобитном прибављању државине (када још не знамо да ћемо на ствари

у будућности вршити ретенцију); ни као савесност у смислу уверења да имамо право на ретенцију ствари – у тренутку када смо почели да задржавамо ствар.

2. Остали потребни квалитети државине ретинента

Осим услова савесности ретинента, који је у доктрини широко разматран, други квалитети државине су, чини се, недовољно анализирани у литератури, како страном, тако и домаћом. Већина законских текстова дозвољава заснивање ретенције на ствари коју поверилац *држи*, из чега се на први поглед може извући закључак да државина ретинента може бити и: несавесна, незаконита, па чак и манљива.

Међутим, последњи наведени квалитет државине (неманљивост) ипак је по правилу садржан у негативном услову за настанак ретенције, а то је захтев да државина не буде заснована на неки законом недозвољени начин. С обзиром да је ово елемент који не сме постојати, јер представља сметњу за пуноважно конституисање ретенције, засебно ће и бити разматран.

2.1. Законитост стицања државине ретинента

Законита државина је она која почива на пуноважном правном основу, који даје *право на државину*. У немачкој доктрини¹¹³⁶ се најпре истиче да није исто имати право на задржавање (ретинирање) и право на државину ствари,¹¹³⁷ што је и наш став. Наиме, ретинент може имати закониту државину, тј. пуноважан правни основ који га овлашћује да ствар држи, а закон га овлашћује да ретинира (изузев код уговорне

¹¹³⁶ И поједине судске пресуде из земаља у нашем окружењу потврђују овакво тумачење: “Nasljednici nemaju pravo zadržanja na stvari koja je bila objekat prava doživotnog uživanja ostavioca”. Iz obrazloženja: “U konkretnom slučaju primjenjuje se institut prava zadržanja. Prema odredbi člana 38. stav 7. Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, koja je u saglasnosti sa odredbom člana 287. Zakona o obligacionim odnosima, pravo zadržanja nema nesavjesni posjednik, a i savjesni posjednik postaje nesavjestan od trenutka kad mu je tužba dostavljena (član 39. stav 7. ZOSPO-a). Prema odredbi člana 287. ZOO *povjerilac nema pravo zadržanja kada dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegove državine protiv njegove volje*. Ostavilac tuženoga imao je pravo doživotnog uživanja na predmetnoj zgradi, koje se ugasilo njegovom smrću (strogo lično pravo), što znači da tuženi zadržava predmetne nekretnine *bez pravnog osnova, protivno volji tužioca*, pa nedostaje pravna pretpostavka za sticanje prava zadržavanja. Tuženi je bio dužan da nakon smrti ostavioca, kada se ugasilo pravo doživotnog uživanja, koje je bilo usko vezano za ostavioca, preda zgradu tužiocu bez obzira što prema njemu ističe zahtjev za isplatu novčanog potraživanja. (Vs BiH, Gvl. 19/89, od 25. 1. 1990. - Bilten Vs BiH 2/90 – 24).

¹¹³⁷ О праву на посед у хрватској судској пракси: „Isto tako, pravo zadržanja na automobilu ne pripada zakupodavcu na temelju ugovora koji mu ne daje pravo na posjed automobila“. (Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj Rev-2454/95 od 6. svibnja 1999).

ретенције), али не мора¹¹³⁸. Из овога произлази да када је у питању законитост, као квалитет државине, у контексту ретенције може се говорити о два различитим стварима. Прва је: законитост државине повериоца, стечена по основу неког уговора (нпр. закупа, плодуживања, уговора о делу и сл.); а друга: законитост државине повериоца који је постао ретинент, па по том новом основу држи ствар и извлачи из новог основа право на ствар (из закона или уговора о ретенцији). Ми ћемо на овом месту разматрати услов законитости државине повериоца пре него што је стекао својство ретинента (и стечене пре намере ретинирања), тј. својства правног основа за стицање државине ретинента.

Као и у немачкој и у аустријској доктрини¹¹³⁹ се истиче да правни основ по ком је ствар предата не мора нужно бити пуноважан као услов за настанак ретенције.¹¹⁴⁰ Ретенција настаје фактички, када се стекну сви законски услови и то тренутно, *ex lege*, а као један од њих не фигурира пуноважан правни основ по ком је стечен посед ствари. Али, када настане, ретенција даје посебно право на државину, као и државинску заштиту,¹¹⁴¹ независно од права на претходно засновану државину дужникове ствари, под условом да државина није стечена самовласно,¹¹⁴² са чим се слажемо.

Ипак, у домаћем праву,¹¹⁴³ које под законитом државином подразумева ону која истовремено испуњава два услова: да је заснована на пуноважном правном основу и додатно, да није манљива, очигледно је да је законитост уже одређена. С обзиром да се у доктрини ова два квалитета државине рашчлањују (што је нарочито корисно у

¹¹³⁸ У немачкој доктрини се допушта ретенција ствари (или чинидбе) и на основу неважећег уговора. Palandt, *op. cit.*, стр. 248.

¹¹³⁹ Н., Klang, *op. cit.*, стр. 545.

¹¹⁴⁰ Ова тврдњу аутор илуструје примером пуноважног задржавања земљишта од стране поседника, упркос поништењу рушљивог уговора о куповини, а у циљу намирења трошкова које је има око ствари. *Ibid.*

¹¹⁴¹ Ова два сегмента ретенције је потребно засебно посматрати јер како се у немачкој доктрине истиче, свака државина даје право на државинску заштиту (сходно објективној концепцији државине), а ретенција уз то даје особено право на државину. Више о томе: Н., Westermann, *op. cit.*, стр. 139.

¹¹⁴² Могуће је да је до добровољне предаје ствари дошло на основу уговора који није пуноважан; те ако су остали услови испуњени ретенција ће настати. Таква је ситуација код савесног купца који сматра да је својину деривирао од свог претходника, али то није случај, јер је уговор непуноважан (те не може бити речи ни о стицању од невласника). Приликом виндикације ствари од стране правог власника, савесни држалац ће, како се у страном доктрини наводи, потенцијално имати право ретенције, иако је незаконити, али прави (неманљиви) држалац. Gschnitzer, *Sachenrecht, op. cit.*, стр. 9. Ипак, сматрамо да ретенција у овом случају није општа, већ посебна, због изгубљеног виндикационог спора и само за трошкове, а не и за неку другу тражбину.

¹¹⁴³ Квалитет законитости државине је у ЗОСПО дефинисан преуско: као пуноважни правни основ за стицање својине, што је неусклађено са усвојеним објективним концептом државине у домаћем праву. Стога је општеприхваћено схватање да под законитом државином треба разумети сваку која је заснована на пуноважном правном основу којим се стиче својина или неко друго право, тј. којим се стиче право на државину. Видети: чл. 72 ст. 1 ЗОСПО.

контексту ретенције), манљивост државине ретинента је квалитет који ћемо засебно размотрити кроз компаративну анализу појединих законских решења.

Чини се да је доктрини, али и судској пракси,¹¹⁴⁴ релативно тешко да одвојено посматра наведена два квалитета државине, као и да одвоји манљивост првобитно стечене државине од чињенице да ретенција увек настаје против воље дужника, нарочито у контексту норме домаћег законодавца, којом је искључена ретенција у ситуацији у којој је „*ствар изашла из државине дужника против његове воље*“.¹¹⁴⁵ У судској пракси се тако оцењује да поверилац нема право ретенције покретних ствари чији је посед стекао против воље дужника, до наплате потраживања, а у образложењу ове одлуке суд наводи: „Из чињеничног утврђења првостепеног суда произилази да је туžilј на основу уговора о закупу држао у закупу складиште и у исто ускладиштио свој грађевински материјал. Закупни однос између туžilја и закуподавца је престао, али је након тога грађевински материјал остао у складишту. Од 1. 01. 1996. године туђени држи ово складиште у посједу на основу уговора о закупу и противно волји ранијег закупца - туžilја задржава грађевински материјал ради наплате потраживања која има према туžilју. Полazeћи од овог утврђења првостепени суд је правилно примјенио материјално право када је уважио туђбени захтев. Према одредби члана 287. Закона о облигационим односима, право задржавања (*ius retentionis*) покретних ствари до наплате потраживања, припада повјериоцу само у случају *ако је у посјед ствари дошао волјом и сагласношћу самог дужника*. То значи да повјерилац не може вршити право задржавања на стварима које су у његов посјед дошле противно волји дужника. Првостепени суд је правилно закључио да нису испуњени увјети прописани цитираном одредбом Закона о облигационим односима, да туђени задржава грађевински материјал ради наплате потраживања, па је оправдано уважио туђбени захтев.“

Део доктрине¹¹⁴⁶ у претходно наведеној забрани препознаје не само манљивост поседа, већ и непуноважност правног основа (упркос постојању праве, тј. неманљиве државине) у случају предаје по основу ништавог или поништеног рушљивог правног посла, уз аргументацију да се тада не може узети да постоји уговорна воља. Други аутор долази до сличног закључка: да за законитост државине као прерогатив ретенције није услов само да државина не сме бити прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења (што по правилу обухвата кривичноправно недопуштено

¹¹⁴⁴ Vs FBiH, P. 78/97, од 10. 6. 1997. - Bilten Vs FBiH 2/97 – 38.

¹¹⁴⁵ Чл. 287 ст. 1 ЗОО

¹¹⁴⁶ О., Јелчић, Обвезноправно осигурање – јамство и право задржања, у V. Белaj и др., *Заштита вјеровника – стварноправно, обвезноправно и овршноправно осигурање тражбина* (Опћа редакција Т. Јосиповић), Загреб, 2005, стр. 91.

понашање: крађа, превара, самовлашће и др.), већ ни грађанскоправно недопуштено прибављење детенције дужникове ствари, „што обухвата и прибављање путем свих апсолутно и релативно ништавих правних послова.“¹¹⁴⁷

Нама се ипак чини да, у ситуацији у којој законодавац не прописује као услов пуноважног настанка ретенције - претходно постојање пуноважног правног основа, по основу ког је извршена предаја ретиниране ствари, не треба тумачењем конструисати додатне услове, мимо постојећих у закону. Дословном интерпретацијом законске одредбе, закључује се да је законодавчева интенција била да: спречи „излазак ствари из државине дужника против његове воље“; те непуноважност закљученог уговора, уз добровољно извршену предају, по нашем мишљењу не сугерише аутоматски губитак државине против или мимо воље дужника. Другим речима, чини се да ће ретенција бити пуноважно заснована ако је ствар прешла из поседа дужника у посед повериоца са вољом дужника, макар и по основу непуноважног правног основа, дакле, упркос незаконитости државине лица које је касније као ретинент задржало ту ствар.¹¹⁴⁸

Коначно, ретенција не настаје деривативним путем да би правни основ (*titulus*) морао неизоставно бити пуноважан; она се не деривира од правног претходника, већ се стиче оригинарним начином – непосредно *ex lege* (по закону у ужем смислу). У ситуацији када су сви законски услови испуњени, а нарочито онај да ствар није изашла из државине дужника противно његове воље, излишно је разматрати евентуалну ништавост или рушљивост правног посла по основу ког је предаја ствари извршена. Ово би било значајно само у хипотези стицања ретенције по правилима о стицању од невласника.

У сваком случају, реч је о норми ЗОО, чија формулација условљава врло различита тумачења, у којима доктрина не разлучује јасно да ли је реч о: а) захтеву за неманљивом; б) законитом државином или шире в) забраном ретенције у случају иницијално изгубљеног поседа дужника против његове воље, чак и у ситуацији законито и неманљиво прибављене државине ствари повериоца. У том смислу наш закључак је да поменути норму ЗОО треба редиговати, у циљу веће јасноће и правне сигурности.

¹¹⁴⁷ Видети: В., Vizner, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1142; R., Lorenc, Pravo zadržanja (ius retentionis), str. 57.

¹¹⁴⁸ Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 165.

2.1.1. Забрана ретенције ствари датих у нарочите сврхе

Упркос основаности претходне тврдњи да законитост државине, у смислу пуноважности и врсте основа стицања државине, није услов конституисања опште ретенције, правни основ по коме је заснована државина лица које је касније стекло статус ретинента - ипак може утицати на заснивање ретенције.

Наиме, у ситуацији свих претходно испуњених законских претпоставки, ретенција је у многим регулативама искључена ако су одређени уговори правни основ предаје ствари повериоцу. Компаративном анализом различитих законских текстова увиђа се да је реч о неколико различитих правних послова као најчешћих¹¹⁴⁹ *titulusa* предаје ствари, а то су: 1) послуга и 2) остава, а понегде и 3) закуп.¹¹⁵⁰ Притом, судска пракса доказује склоност ка додатном проширењу овакве законске забране ретенције. У једној пресуди суд је ретенцију искључио и у ситуацији давања ствари повериоцу на пробу, уз обавезу повраћаја исте (у неизмењеном стању) по протеклу уговореног рока¹¹⁵¹. Насупрот оваквим решењима је француско,¹¹⁵² које не познаје ниједан од наведених случајева искључења ретенције.¹¹⁵³

Са друге стране, приступ швајцарског законодавца указује на елиминисање ретенције у ситуацијама *посебно датог налога за поступање са предатим стварима*. Решење ШГЗ је атипично, јер једном општом нормом искључује ретенцију ствари увек када је задржавање противно налогу дужника. На овај начин је препуштено судској пракси да у сваком конкретном случају оцени, да ли је ретенција оправдана и да ли је евентуално противна посебном налогу дужника.

Тако, ни један правни однос није *a priori* елиминисан као основ неподобан за ретинирање (па ни остава и послуга), чиме су сви повериоци доведени у једнак правни положај, а ретенција је свим категоријама поверилаца учињена подједнако доступном. Једини меродаван критеријум за забрану ретенције у конкретном случају је задржавање

¹¹⁴⁹ Међутим, искључења ретенције (упркос свим осталим испуњеним условима) су у упоредном праву могућа и у читавом низу других ситуација, које због обима рада, нећемо детаљније разматрати у раду.

¹¹⁵⁰ Уговор о закупу је тако забрањени правни основ за настанак ретенције у аустријском праву, али не и у осталим регулативама. У нашем праву је ово искључење ретенције имало значајне правне импликације до доношења ЗОО, јер је примењивано ово правно правило из АГЗ.

¹¹⁵¹ Видети: Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 2354/2008 од 20. марта 2008. године, Судска пракса, бр. 5-6/2009, 45 и Избор судске праксе, бр. 9/2009, 56.

¹¹⁵² Видети: чл. 1948 ФГЗ

¹¹⁵³ Конкретно, код депоа (оставе) депозитар има право да депоновану ствар задржава (*Le dépositaire peut retenir le depot*), све до потпуне исплате дуга (али уз додатни услов постојања конекситета).

ствари у ситуацији када је то противно посебном налогу дужника. У доктрини се обично истиче да је тиме ретенција усклађена са својим најапстрактнијим *ration*, а то је начело савесности и поштења. Међутим, ми овде увиђамо и један конкретнији разлог, а то је искључење ретенције како закључени посао не би био обесмишљен, тј. како не би био блокиран ретенцијом.

Позитивно српско право¹¹⁵⁴ садржи знатно конкретнију забрану ретенције ствари датих: 1) на чување и 2) на послугу, али само ако дужник захтева повраћај тих ствари.¹¹⁵⁵ Исту одредбу садрже и скоро сва решења регулатива из нашег окружења¹¹⁵⁶, у складу са заједничком правном традицијом. Једини изузетак је нова регулатива хрватског ЗОО, у којој је овај негативни услов први пут избачен из законске формулације.¹¹⁵⁷

А. Остава

Према доминантном ставу домаће доктрине¹¹⁵⁸, *ratio* законског искључења ретенције у случају оставе је следећи: забрана је у овој ситуацији последица *односа поверења*, који нужно мора постојати између оставодавца и оставопримца. Као основну, овај однос имплицира обавезу повраћаја ствари на захтев дужника, те би дозвола ретинирања у таквој ситуацији уништила суштину овог односа, како се истиче у литератури. Ово мишљење се притом усваја и понавља од аутора до аутора, без довођења у сумњу оваквог закључка, а нарочито без разматрања ефеката евентуално другачијег решења. Међу објашњењима у доктрини постоје и извесне разлике. Тако поједини аутори¹¹⁵⁹ говоре о посебној „природи“ ових уговора као сметњи за настанак

¹¹⁵⁴ Чл. 287 ЗОО: „(1) *Poverilac nema pravo zadržavanja* kad dužnik zahteva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegove državine protiv njegove volje, ili *kad dužnik zahteva da mu se vrati stvar koja je predata poveriocu na čuvanje ili na poslugu*“.

¹¹⁵⁵ С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 66.

¹¹⁵⁶ Видети: чл. 262 ОЗС: (1) *Upnik nima pridžne pravice, če dolžnik zahteva vrnitev stvari, ki proti njegovi volji ni več v njegovi posesti, ali če dolžnik zahteva vrnitev stvari, ki je bila izročena upniku v hrambo ali na posodo*. Чл. 276 ст. 1 ЗООМ: „...или кога должникот бара да му се врати предметот што му е *предаден на доверителот на чување или на послуга*.“ Исту формулацију садрже и: чл. 294 ст. 1 ЗООЦГ и чл. 287 ст. 1 ЗОО ФБиХ и Републике Српске.

¹¹⁵⁷ Утолико нам се чини интересантнијом анализа разлога који су хрватског законотворца мотивисали да доскорашњу забрану искључи из регулативе ретенције.

¹¹⁵⁸ М., Орлић, О., Станковић, *нав. дело*, стр. 393; Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 164.

¹¹⁵⁹ Д., Стојановић, *нав. дело*, 1995., коментар уз чл. 287, стр. 671. Ми подржавамо став оних аутора (О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 264-265; Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 164.) који разликују основе искључења код ова два различита уговора и то: наглашени *однос поверења* код оставе и *добročиност* код послуге. С обзиром на ову разлику, ова два уговора и посматрамо одвојено у раду, као засебне основе искључења ретенције у домаћем праву.

ретенције; а други аутори¹¹⁶⁰ ово законско искључење правдају „њиховом посебном сврхом“.

Ипак, поред начелне адекватности претходно изнете аргументације, нама се чини да постоји и доста ваљаних контрааргумената, те стога и потребе за разматрањем сврсисходности евентуалне измене овог решења. Нарочито у светлу компаративне анализе, која указује да оваква забрана ретенције у страним регулативама није уобичајена¹¹⁶¹. Имајући у виду потребу за сразмерном заштитом интереса повериоца и дужника, могуће је доћи до закључка да је овакво решење ипак штетно по легитимни интерес повериоца једног доспелог, ненамиреног потраживања.

Осим тога, у доктрини се оправдано подвлачи да се ова забрана односи не само на уговор о депозиту непосредно, већ и на сваки други правни однос који у себи садржи елементе чувања туђе ствари, било да је реч о уговорном или вануговорном односу странака. Вероватно имајући у виду овакву импликацију, законодавац је ипак предвидео и „изузетке од изузетка“, те се тако у два случаја ретенција ствари датих у оставу ипак сматра дозвољеном. То су: 1) угоститељска остава,¹¹⁶² што је случај који је законом експлицитно предвиђен и 2) неправна остава (што је продукт тумачења доктрине)¹¹⁶³. Доктрина се позива на правила ЗОО по којима се на оставу у највећој мери примењују правила о зајму, а не о остави, те да је посредно искључена и забрана ретенције оваквих ствари из чл. 287 ст. 1 ЗОО.

Ипак, остаје питање: да ли су ови признати изузеци од опште забране ретенције оставопримаца довољни да заштите легитимне интересе ове категорије поверилаца у пракси, који би иначе задовољили све остале законске услове да се *самообезбеде* ретенцијом, да није ове експлицитне забране? Нама се чини да ови изузеци нису довољни, те да искључење ретенције у свим претходно наведеним случајевима *de lege ferenda* није сврсисходно¹¹⁶⁴ (што илуструје и супротни модел, који оличава решење ФГЗ).

¹¹⁶⁰ С., Стрезовски, *нав. дело*, 1983., стр. 1001, коментар уз чл. 287 ЗОО.

¹¹⁶¹ У француском праву је признавање ретенције депозитара чак експлицитно нормирано. Чл. 1948 ФГЗ.

¹¹⁶² Угоститељска остава је регулисана као особени тип оставе у ЗОО, а признавање ретенције у овом случају сматра се оправданим у циљу сврсисходне заштите потраживања угоститеља која он има према госту, по основу пружене угоститељске услуге, а на стварима које је гост унео у угоститељски објекат. Без постојања овог особеног правила, угоститељ би имао статус оставопримца, а по општим правилима из чл. 287 ЗОО, ретенција би била искључена. Угоститељска остава је посебно разматрана у раду, у одељку о посебним врстама ретенције; а у овом контексту је тек помињемо, као законом признати изузетак од опште забране ретенције оставопримца.

¹¹⁶³ Неправна остава подразумева случај предаје заменивих ствари на чување, са правом депозитара да исте потроши, те врати исту количину исте врсте ствари.

¹¹⁶⁴ Изнети став у домаћој доктрини заступа и: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 164.

Мањкавости овог решења су по нашем мишљењу следеће: 1) искључује ретенцију баш оних ствари које су у пракси нарочито погодне за задржавање; 2) неоправдано доводи ову категорију поверилаца у неједнак правни положај са свим осталим повериоцима-држаоцима са статусом ретинента ствари дужника; 3) недовољно је констатовати да је овакво ретинирање противно *bona fides praestare* сауговорача, будући да је подједнако противно овом истом начелу - неизмиривање доспелог дуга према повериоцу; постојећим решењем посредно „награђујемо“ несавесност дужника (одузимањем права ретенције повериоцу), а правдајући га потенцијалном несавесношћу повериоца и јер, коначно 4) ово решење не познају многи европски законици (НГЗ, ШГЗ, ФГЗ и ИГЗ).

Б. Послуга

За разлику од оставе, послуга је пак, стриктно добротин правни посао, код кога је *ratio* забране ретенције, по нашем мишљењу – смисленији. Док је код оставе једини „проблем“ за настанак ретенције представљао посебан однос поверења, овде је то још и изигравање пријатељског односа; повреда добротинства; злоупотреба туђе услуге и бесплатног уговора, конституисаног једино у интересу послугопримца, те је повреда начела савесности и поштења овде утолико већа. Стога, претходно наведена аргументација се чини адекватнијом код овог *titulusa*, али чак ни њу већина страних регулатива не садржи.

Разлог томе би можда могла бити следећа чињеница: већина страних законских текстова различито регулише ретенцију грађанског и трговачког промета. Док у првом, оваква правила имају смисла, у трговачком пословању ова два случаја (остава, а нарочито послуга), по правилу, имају тек значај изузетка. Стога је питање колики значај ће имати овакве одредбе у домаћој регулативи која настоји да једним решењем задовољи потребе двеју суштински различитих сфера промета? Део доктрине решење овог питања види у могућем задржавању ове забране за ретенцију грађанског права, између нетрговаца, који ће чешће у пракси закључивати уговор о остави и нарочито послузи; где је реч о лицима која се познају и чије поверење у узајамне правне односе треба законом додатно заштитити.

Међутим, питање је колико је такав резон сврсисходан. То би значило следеће: у трговачкој сфери промета, где ових уговора ретко има – дозволити ретенцију; а у грађанској сфери промета, где се ови уговори (остава, а нарочито послуга) чешће

закључују – забранити ретенцију. Осим тога, послуга подразумева посебне односе поверења и у случају када овај уговор закључују трговци међусобно. То би коначно довело до нелогичног исхода по ком: ако су пријатељи трговци по професији - ретенција је дозвољена; и обрнуто, ако су пријатељи који закључују уговор о послузи - нетрговци, ретенција је забрањена. Ретенција је увек „пратилац“, потраживања која настају у обема сферама промета, те различита регулатива по овом основу, по нашем мишљењу, није оправдана.

На основу свега претходно наведеног, можемо оценити да је у домаћој регулативи могуће унети извесне промене, које се тичу елиминисања оставе са листе забрањених правних послова који претходе настанку ретенције. Дозвољавањем ретенције у случају оставе свеобухватније бисмо заштитили интересе повериоца¹¹⁶⁵ и проширили домаћај овог права обезбеђења у пракси, што је у складу са општом тенденцијом све ширег признавања ретенције у упоредном праву.

Коначно, релативно скорије измене хрватске регулативе, указују на оправдано одустајање од некадашњег решења и уважавање реалних потреба савремене пословне праксе. Овакво решење потврђује тенденцију осавремењивања хрватске регулативе ретенције, као и уважавање досадашњих критика упућиваних од стране тамошње доктрине.¹¹⁶⁶

Са друге стране, сматрамо да је корисно задржати забрану ретенције у случају претходно закљученог уговора о послузи, јер је у питању један специфичан правни однос, који није у складу са сврхом признавања ретенције. Таквим решењем бисмо уједно очували континуитет са домаћом правној традицијом, у којој је послуга, као титулус по основу ког поверилац долази у посед дужникове ствари – оправдани случај искључења ретенције, због повреде посебног односа поверења.

¹¹⁶⁵ Предложено решење, по ком уговор о остави не би био сметња за настанак ретенције, има нарочито предности у сфери трговачког промета, где је појава тзв. „сложених“ уговора са елементом оставе учестала, те би дозволом ретинирања и у склопу ових односа трговци били неупоредиво више заштићени у узајамним односима, а у склопу уговора које учестало закључују. Комплексни уговори са елементом оставе који се користе у сфери трговачког промета (између професионалних трговаца) су нарочито: уговор о складиштењу; уговор о комисиону; уговор о налогу и сл.)

¹¹⁶⁶ S., Petrić, *nav. delo*, str. 301-302.

2.2. Начин прибављања државине

У различитим државама недозвољено прибављање државине се схвата на различите начине.¹¹⁶⁷ У неким државама овај услов је прописан законом, а у неким правна наука истиче неопходност његовог постојања. Доктрина различитих држава овај услов често своди на захтев да државина не сме бити манљива или пак, формулише ову забрану знатно шире. Тако се у француској литератури¹¹⁶⁸ истиче оправданост устаљене судске праксе која одбија право ретенције лицима која су се ствари домогла на недозвољен начин, насиљем било које врсте или чак „грешком“, а без овлашћења.¹¹⁶⁹

Што се домаћег права тиче, овај услов заснивања ретенције је негативно формулисан у ЗОО, као забрана заснивања ретенције ако је ствар: „*изашла из његове (дужникове) државине против његове воље*“. Оваквом формулацијом је свакако обухваћена и забрана манљиве државине, чија је дефиниција садржана у ЗОСПО као: државина која је стечена силом, преваром или злоупотребом поверења. Стога је, по нашој оцени, у циљу одређења домашаја ове забране важно успоставити однос између две претходно наведене формулације и одредити ширину значења сваке од њих. Тако је формулација садржана у ЗОО (а која је у овом случају једино релевантна), очигледно ширира од манљивости из ЗОСПО, јер подразумева и више од прибављања ствари *vi, clam, precario*.

Манљива државина (стечена *vi, clam, precario*) ће у домаћој регулативи увек узроковати незаконитост државине,¹¹⁷⁰ а логична последица одсуства добровољне предаје ствари би требало да буде немогућност заснивања ретенције. Ово би била оправдана правна импликација поседа прибављеног на законом недозвољен начин.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁷ У француској доктрини се истиче да посед мора бити стечен „регуларно“, а не на противправан начин. Видети: Planiol, Ripert, Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1949., стр. 984; *Dictionnaire du droit privé de S. Braudo* (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>).

¹¹⁶⁸ Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 21.

¹¹⁶⁹ Као важан аргумент у прилог заузимању овако ригидног става наводи се „потреба за рестриктивним прибегавањем ретенцији као приватном суду“.

¹¹⁷⁰ У домаћој регулативи манљива државина је она која је стечена силом, преваром или злоупотребом поверења. Видети: чл. 72 ст. 1 ЗОСПО

¹¹⁷¹ Поједини домаћи аутори наводе следеће случајеве: ако је поверилац ствар прибавио на недозвољен начин, нпр. ако ју је силом одузео, или ју је прибавио преваром или злоупотребом поверења (манљива државина); или од лица које није овлашћено на издавање ствари. Видети: М., Орлић, О., Станковић, *нав. дело*, стр. 264. Тако и: Б., Благојевић, В., Круљ, Коментар закона о облигационим односима, стр. 1001.

По правилу, недозвољен начин подразумева самовласно стицање посуда ствари,¹¹⁷² најчешће у кривичноправном смислу¹¹⁷³, али и недозвољено у грађанскоправном смислу, с обзиром да је круг цивилних деликата знатно шири. Суштина захтева да се до ствари мора доћи на правно дозвољен начин је идеја да је потребно онемогућити повериоца да на свом неправу гради право,¹¹⁷⁴ тј. да законом признато право злоупотребљава.

Међутим, док је ова ситуација сасвим јасна и неспорна у немачкој регулативи, у домаћој су могуће различите интерпретације, што доказује домаћа судска пракса, као и пракса земаља у нашем окружењу.¹¹⁷⁵ Наиме, у НГЗ је експлицитно забрањена ретенција прибављена „*намерно учињеном недозвољеном радњом*“.¹¹⁷⁶ Са друге стране, у швајцарском праву је овај захтев другачије формулисан: „*поверилац треба да држи ствар уз пристанак дужника*“.¹¹⁷⁷ Трећи начин формулисања ове забране садржи домаћи ЗОО (и регулативе земаља у нашем окружењу), по ком: ретенција није пуноважна ако је ствар „*изашла из државине дужника противно његовој вољи*“.¹¹⁷⁸

С обзиром да су у наведеним регулативама садржана три могућа приступа овој проблематици, компаративном анализом ћемо покушати да утврдимо који од њих је најадекватнији за будуће српско право.

¹¹⁷² § 1440 АГЗ. У аустријској доктрини се критикује став аустријске судске праксе у којој се ретенција ускраћује „следбенику државине“ који има добру веру, јер се санкција забране заснивања ретенције чини оправданом само против извршиоца недозвољене радње лично. Ово лице не треба изједначавати са универзалним сукцесором или несавесним следбеником државине. Н., Koziol, R., Welser, *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1988., стр. 89-90.

¹¹⁷³ О одсуству елемента противправности, те и неиспуњености услова предвиђених у домаћем кривичном законодавству за кривично дело самовлашћа, те дозвољено вршење ретенције као облика дозвољене самозаштите видети више у домаћој судској пракси - Пресуда основног суда у Крагујевцу, бр. 15К-807/12, донета дана: 11.07.2012. године.

¹¹⁷⁴ С., Пауновић, *Право задржавања (ретенције)*, стр. 67.

¹¹⁷⁵ Колебања у интерпретацији законске формулације „против воље дужника“ видљива су у следећим судским сентенцама хрватских судова: „Вјеровник који је ствар (краву) узео из туженикова посједа *против његове воље*, нема право задржања плодова те ствари (телади).“ Врховни суд Републике Хрватске, бр. Rev.-1455/90 од 8. Studenog 1990. „Коначно, право задржања туженици немају већ зато јер нису били пошteni посједници, а осим тога посјед су стекли *mimo volje* тужитеља.“ Врховни суд Републике Хрватске, бр. Rev-568/08 од 21. Svibnja 2008. Наведено према: Ј., Čuveljak, *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, стр. 47.

¹¹⁷⁶ Видети: § 273 ст. 2 НГЗ. *Cf.* § 1440 АГЗ: “Isto tako не могу се међусобно укинати тражбине, које имају за предмет разноврсне или одређене или не одређене ствари. *Ni predmeti samovlasno или lukavo prisvojeni*, посудени, узети у похрану или пораб не могу уопће бити предмет ретенције или компензације“). М., Vuković, *Грађански законик Аустрије у: Правила грађанских закона*, Zagreb, 1961., стр. 1116.

¹¹⁷⁷ Čl. 895 ŠGZ

¹¹⁷⁸ Чл. 287 ЗОО

2.2.1. Немачко решење

Немачко решење представља модел забране ретенције на ствари чија је државина „стечена намерном недозвољеном радњом“. Акцент ове формулације је на понашању повериоца, а не на вољи дужника. Наиме, акт стицања државине је последица недозвољене радње, али не сваке, већ само оне која је предузета са одређеним степеном виности и то умишљајно (намерно).¹¹⁷⁹ То даље значи да је државина, која је стечена нехатно учињеном недозвољеном радњом, подобна за заснивање ретенције. Питање је шта се подразумева под недозвољеном радњом: то би требало да буде свака радња којом се крше императивне норме садржане не само у грађанском, већ и у другим гранама права. Тиме су свакако обухваћена сва кривична дела недозвољеног прибављања туђе ствари, али и грађанскоправни деликти, под условом да нису нехатни¹¹⁸⁰. На овај начин у центру забране је санкционисање недозвољеног *скривљеног* понашања повериоца у најширем смислу речи, који не завређује статус ретинента због начина прибављања поседа на дужниковој ствари.¹¹⁸¹ Притом, што је веома важно, поверилац се сматра подједнако кривим, а последично, ретенција - подједнако забрањеном, када је ствар прибавио намерном недозвољеном радњом од власника ствари непосредно, као и ако је ствар стекао истим начином од трећег лица.

Интересантно је приметити да сличну интерпретацију поседа ствари, који је прибављен на начин који омогућава заснивање ретенције, заступају и англоамерички правни писци¹¹⁸² захтевајући: државину стечену на правно дозвољен начин (*rightfull*

¹¹⁷⁹ У немачкој доктрини се прецизира да искључење ретенције не постоји ако је и дужник својеволјно учествовао у извршењу недопуштене радње. Више о томе: Söergel, Kommentar zum BGB, *op. cit.*, стр. 550.

¹¹⁸⁰ *Mit vorsatz/ vorsätzlich* (са намером, умишљајем). Видети: § 823 ст. 1 и 2. У немачкој доктрини се истиче да „обична самовоља повериоца“ у контексту прибављања поседа није довољна за ову забрану. Мора бити квалификована „озбиљним степеном кривице“, а притом је безначајно против кога је таква радња била уперена (против дужника лично или трећег лица). Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB*, II §§ 255-292, 2012., стр. 386.

¹¹⁸¹ Видети: Ennecerus, Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1950., стр. 362. Тако, ретенција схваћена као средство дозвољене самозаштите фигурира искључиво у рукама странке која се понаша у складу са начелом *Treu und Glauben*, при чему груба повреда савесности и поштења представља акт неправда из кога не може настати право (ретенција). У хрватској доктрини се упозорава на домаћај примене ове забране, будући да је она садржана у чл. 273 ст. 2 НГЗ, који представља изузетак од правила садржаног у ставу 1 истог члана. Тако, поједини немачки правни писци изводе закључак да је ретенција чинидбе из става 1 дозвољена чак и ако је посед ствари на коју се чинидба односи стечен намерно учињеном недозвољеном радњом. Söergel, *op. cit.*, стр. 550; Fikentscher, *op. cit.*, стр. 241. О критици тог става видети код: S., Petić, *nav. delo*, стр. 251.

¹¹⁸² У тамошњој доктрини овај захтев се тумачи као забрана стицања ствари путем крађе, утаје, силе, преваре или од стране неовлашћеног лица. Видети: Sykes, *op. cit.*, стр. 556 и даље.

possession), који подразумева стицање поседа од дужника лично или од стране лица које је он овластио. У сваком случају ово стицање мора бити у складу са вољом дужника и уз његов пристанак.

Са једне тачке гледишта, немачка формулација ове забране је најшира: државина прибављена радњом која значи кршење било које императивне норме - није прихватљива за ретенцију, што је у реду, у циљу заштите правног поретка, јер недозвољена понашања не могу резултирати било каквом погодношћу за повериоца. Са друге стране, виност је постављена уско: само најтежи степен виности – умишљај искључује задржавање, како би се проширила могућност за ретенцију.

2.2.2. Швајцарско решење

У швајцарском решењу поверилац треба да „држи ствар уз пристанак дужника или бар његовог заступника“. Оно се у односу на немачко, по оцени дела домаће доктрине, разликује „суптилно“¹¹⁸³, а заправо суштински. У њему акценат није на понашању повериоца при прибављању државине, на његовој виности и дозвољености радње прибављања, већ на вољи дужника; те је исход понекад такав да оно што у немачком праву не може довести до ретенције, у швајцарском може.

Накнадно дато одобрење дужника опуновавајуће иницијално недозвољено стечену државину повериоца (насупротив немачком решењу, где ово није могуће, јер је акценат на објективном елементу - да ли је прибављање државине у складу са нормама, да не крши забране). Насупрот томе, у швајцарском решењу фокус је на субјективном елементу - да ли је прибављање државине у складу са вољом дужника. Случајеви које швајцарска доктрина¹¹⁸⁴ наводи као ситуације када је ретенција искључена, а који представљају ограничење формулације ШГЗ су следећи: 1) када је ствар стечена самовлашћем (кривичним делом или грађанскоправним деликтом); 2) ако је државина пренета повериоцу од стране трећег, неовлашћеног лица (када нема претходног одобрења дужника); 3) ако недостаје накнадно одобрење дужника; као и 4) ако је ствар доспела у посед повериоца случајно. Дакле, у свим ситуацијама када је ствар *дужника доспела у посед повериоца*, у швајцарском праву је кључно питање: када се узима да постоји пристанак дужника, тј. на који начин може бити дат.

¹¹⁸³ R., Lorenc, *nav. delo*, стр. 58.

¹¹⁸⁴ Видети: K., Ofinger, *op. cit.*, стр. 364.

Ипак, због чињенице да је оваквом формулацијом ШГЗ искључен велики број случајева могуће примене ретенције у пракси, тамошњи законодавац је предвидео низ случајева када је ретенција ипак експлицитно призната, упркос чињеници да посед ретинента није заснован по дужниковој вољи, израженој кроз његов пристанак. Те ситуације су следеће: 1) ретенција савесног налазача туђе покретне ствари за потраживање награде и трошкова поводом налаза;¹¹⁸⁵ 2) ретенција туђе животиње због штете коју је причинила;¹¹⁸⁶ 3) ретенција пословође без налога и др.

2.2.3. Решење домаћег права

Решење ЗОО¹¹⁸⁷ подразумева да искључење ретенције постоји ако је ствар „изашла из државине дужника противно његовој вољи“, чиме је искључена могућност ретенције не само на стварима које су дужнику нестале крађом и сродним кривичним делима, при чијој је реализацији коришћена сила, већ и на стварима које су му нестале услед преваре, проневере, злоупотребе поверења, као и на било који други начин који се не би могао окарактерисати као добровољно давање (чак и губитак ствари и сличне ситуације). Формулација такође није усмерена на понашање и радњу повериоца, већ се говори о излажењу ствари из државине дужника.

Сврха ретенције јесте заштита повериоца, али не на начин који би реметио јавни ред и мир; дакле, не смеју се користити ситуације када дужник није желео одвајање од ствари. *Ratio* ове одредбе је да се односи међу људима не заснивају на насиљу, па ни ретенција¹¹⁸⁸. Овакво одузимање државине водило би државинској заштити дужника, тј. тужби. А право на тужбу постоји увек када се државина неке одузме, тј. када он изгуби фактичку власт.

Овакво решење је по мишљењу знатног дела доктрине (како домаће, тако и из земаља у нашем окружењу),¹¹⁸⁹ удаљено од основне идеје забране ретенције из НГЗ.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁵ Чл. 722 ШГЗ. *Сф.* Чл. 2280 ФГЗ. У француској регулативи је, насупротив томе, дозвољена ретенција савесног налазача туђе изгубљене или украдене ствари до рамбурсирања уложених трошкова. Видети више код: L., Guillaud, *op. cit.*, стр. 16.

¹¹⁸⁶ Чл. 57 ШЗО

¹¹⁸⁷ Чл. 287 ЗОО. Паралеле ради, чл. 87 домаћег Закона о меници је овај услов конципиран другачије: ретенција је дозвољена „ако су ствари законитим путем дошле у руке повериоца“.

¹¹⁸⁸ О три функције државине (функција публициитета; континуитета; заштитна) видети код: Д., Стојановић, *нав. дело*, стр.

¹¹⁸⁹ Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 165; S., Petrić, *нав. дело*, стр. 253.

¹¹⁹⁰ Ипак, и у делу домаће доктрине, а под утицајем формулације из НГЗ, ова забрана се тумачи као: искључење ретенције на стварима прибављеним на недозвољен начин. Видети: Pravna enciklopedija, 1979., *нав. дело*, стр. 454; R., Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, стр. 1275.

НГЗ садржи другачију, ширу формулацију од оне из домаћег ЗОО, која омогућава у крајњој консеквенци и једну неправичну последицу. Наиме, то илуструје следећа ситуација: када поверилац има закониту државину (дакле и неманљиву), он ипак неће моћи да заснује пуноважну ретенцију, ако је ствар из државине дужника изашла *противно његовој вољи*.¹¹⁹¹ Чини се да тада, дословно тумачећи одредбу чл. 287 ЗОО, није остварен негативан услов који онемогућава настанак ретенције, упркос дозвољеном прибављању поседа од стране повериоца.

Овакав поверилац је у неравноправном положају са другим повериоцем државине истих квалитета, с једином разликом у погледу начина на који је ствар првобитно изашла из поседа дужника. Међутим, оваква законска одредба може да услови подједнако неправедан исход и у обрнутом случају: када ствар изађе из државине дужника *сагласно његовој вољи*, али на манљив начин доспе у руке повериоца. У доктрини¹¹⁹² се као пример за ову ситуацију наводи случај када дужник да ствар на поправку, па онда та ствар лукавством (*clam*) доспе у руке повериоца, тако што он првом поверенику понуди да ствар однесе на поправку мајстору, који ће је поправити за мању накнаду у краћем року, када се овај негативан законски услов не би могао примењивати.

Ипак, и у оваквој ситуацији дужник, као посредни држалац може поднети државинску тужбу, јер када је ствар непосредном држаоцу изашла из руку противно вољи, такође је и њему изашла. Дужник дакле, тражи успостављање своје или државине непосредног држаоца,¹¹⁹³ те стога, у овом случају нема ретенције.

Циљним тумачењем се увиђа да је намера домаћег законодавца била да дужник државину не изгуби против своје воље, дакле формулација ЗОО има за циљ више од блокирања противправних радњи повериоца, а то је да заснивање ретенције - никада не буде против воље дужника.

Ипак, чињеница је да поменуто решење узрокује различита тумачења у доктрини, а подједнако проблематичним се чини и у домаћој судској пракси. У једној

¹¹⁹¹ Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 165. *Cf.* О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 264. Ови аутори се позивају на чл. 341 АГЗ којим је предвиђено да је искључен престанак обавеза пребијањем, између осталог и на стварима које је дужник узео бесправно или их бесправно задржао. Ипак, поменути аутори износе критику на рачун ове паралеле, будући да је овде реч о особеном институту, а примена аналогije би могла евентуално бити разматрана тек у случају да постоји правна празнина. С обзиром да није тако, већ је нормом чл. 287 ЗОО ово питање непосредно регулисано, поменути аутори закључују да је примена предложене аналогije неадекватна. Више о томе: Fikentscher, W., *Sachenrecht*, Berlin - New York, 1976., стр. 240.

¹¹⁹² Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 165.

¹¹⁹³ Д., Стојановић, *нав. дело*, стр. 30, 39.

пресуди Вишег Трговинског суда, суд је оценио да: пошто је закуподавчево задржавање ствари, које је у закупљену непокретност унео купац, „противно закупчевој вољи“, тај захтев није испуњен, превиђајући да је купац ствари унео у закупљену непокретност својеволјно, чиме је омогућена државина закуподавца.¹¹⁹⁴ Привредни апелациони суд је, потом, у својој пресуди морао посебно да нагласи да се овај законски услов тиче изласка ствари из државине дужника, а не вршења права ретенције, које је по правилу супротно дужниковој вољи.¹¹⁹⁵

Дакле, грешка у резонувању суда није последица непрецизне норме ЗОО, како неки аутори сматрају, већ неразликовања да је ретенција право које увек настаје против воље или бар мимо воље дужника (са изузетком уговорне ретенције). Начин изласка из државине - не сме да буде против воље дужника, на шта је у претходно наведеној пресуди исправно указано. Дакле, фокус треба да буде на начину изласка ствари из државине дужника, а не на заснивању и начину вршења ретенције, што је увек супротно вољи дужника.

Када се упореди домаћа норма са односним решењима швајцарског и немачког права, уочава се да је сличност већа са решењем ШГЗ, али да сваки од ова три закона има своју идеју, коју је јасно изразио у норми. Тако је у швајцарском праву акценат на пристанку дужника на посед ретиниране ствари од стране повериоца (уже одређење); у ЗОО фокус је такође на дужнику – ретенција не сме бити заснована против његове воље (шире одређење); а у немачком праву ретенција ће настати увек, осим у случају намерне недозвољене радње повериоца (што је најшире одређење, а акценат је на радњи повериоца).

Дакле, решење домаћег ЗОО онемогућава заснивање ретенције у свим ситуацијама када је дужник остао без ствари противно својој вољи (пре ретенције). Захтев није да дужник мора пристати на предају државине ствари на којој је касније заснована ретенција, али свакако није могуће њено конституисање ако је ствар изашла из његове државине против његове воље. Оваквим приступом је домаћи законодавац, за разлику од немачког, пребацио тежиште проблематике са стицања поседа повериоца на губитак државине дужника.

¹¹⁹⁴ Пресуда Вишег Трговинског суда Пж. 2140/2007 од 30. јануара 2008. године, доступна у правној бази *ParagrafLex*.

¹¹⁹⁵ Пресуда Привредног апелационог суда Пж. 2335/2014 од 10. октобра 2014., доступна у правној бази *ParagrafLex*.

2.2.4. Критички осврт на претходна три приступа

Након прегледа три различита решења у домаћем и у упоредном праву, могућа је анализа предности и недостатака сваког од њих, а у циљу процене адекватности домаћег решења. Први приступ (решење НГЗ) захтева да поверилац није стекао посед намерном недозвољеном радњом; а други приступ да дужник није државину изгубио на тај или неки други начин (што је шире одређење). Домаће решење ставља акценат на дужника (кључан је његова ВОЉА пристанак), што га чини сличним швајцарском решењу, док односна одредба НГЗ фокус помера на понашање повериоца (да радња заснивања поседа није противзаконита).

1. *Последице првог приступа.* Решење по ком је услов да поверилац није прибавио државину *vi, clam или precario*, тј. да је неманљиви држалац подразумева да поверилац ни лично, ни од лица коме је дужник поверио ствар не може стећи ретенцију силом, преваром или злоупотребом поверења. Међутим, формулација НГЗ не редукује се само на забрану манљиве државине, већ подразумева сваки недозвољен начин прибављања поседа. У делу доктрине се ипак сматра да поверилац (у немачком концепту) може стећи државину од лица које је ствар дужнику отело, а он од тог лица потом вољно добио. Међутим, иако поверилац у овој ситуацији није манљиви држалац, ствар је ипак првобитно на недозвољен начин прибављена, па се законитост, по нашој оцени, не поништава прибављањем ствари од манљивог држаоца. Недозвољено прибављање поседа је дакле, шири појам од манљивости државине и подразумева стицање државине ствари на било који начин који се коси са императивним нормама грађанског, али и других грана права.

2. *Последице другог приступа.* Друго решење које постоји у упоредном праву, као услов предвиђа да дужник није изгубио државину против своје воље, као у ЗОО. Поверилац тада не може стећи ретенцију ни када је лично, ни када је неко други ствар отео од дужника; али ни када је друго лице мирно стекло државину, а поверилац њему ствар отео (као код првог приступа, где је фокус на државини повериоца). Разлог је тај што тада дужник, као посредни држалац отете ствари има право на тужбу, јер се сматра да је ствар њему нестала.

Коначно, још једно интересантно питање можемо поставити у контексту решења домаћег права. Наиме, формулација ове забране у ЗОО гласи: „*Poverilac nema pravo zadržavanja kad dužnik zahteva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegove državine protiv*

његове воље“. Овај случај искључења ретенције је, чини се, тек услован. Наиме, могуће је да то значи да је поверилац дужан да врати ствар дужнику само ако он то захтева (када неће бити ретенције); али у супротном, ако захтева нема, ретенција можда и настаје – иако је ствар изашла из поседа дужника против његове воље.

Ставови домаће доктрине о значењу формулације односне одредбе ЗОО се разликују. Поједини аутори¹¹⁹⁶ сматрају да је овде реч о нејасној формулацији: „против воље дужника“, која се може двојачко схватити, али сматрају да тумачењем треба доћи до следећег значења: ствари које су дужнику противправно и невољно одузете, а не и нестале, чију је државину изгубио мимо (а не против своје воље). Међутим, нама се чини да ову формулацију не треба ни у ком случају шире тумачити, па у њу укључивати и ствари које су нестале мимо воље дужника. Нестанак ствари мимо воље дужника је знатно шири од појма – против воље дужника, те би другачије тумачење било погрешно и то већ у језичком смислу.¹¹⁹⁷

Након претходних разматрања, можемо закључити следеће: једина ситуација када ће ретенција према НГЗ бити забрањена је она када је поверилац ствар прибавио недозвољеном радњом и то не било којом, већ само оном скривљеном (умишљајном) радњом, не и нехатном.¹¹⁹⁸ Немачко решење стога, омогућава најшири домашај ретенције, затим домаће, а најуже одређење садржи норма ШГЗ. Сва три решења су подједнако јасна и прецизна, само иницирају различите правне последице. Швајцарско решење је на једном полу, будући да максимално редукује могућност заснивања ретенције, чиме интерес повериоца није у довољној мери заштићен. Што се домаћег решења тиче, оно у довољној мери заштићује дужника од неправичних последица, а могућност конституисања ретенције је шира него у ШГЗ (што је у интересу повериоца),

¹¹⁹⁶ S., Petrić, *nav. delo*, str. 255.

¹¹⁹⁷ У делу доктрине се тако наглашава да је неопходно да се „дужник *сагласио* са тим да ствар изађе из његове државине“, што доводи до истог закључка. Тако и: М., Орлић, О., Станковић, *nav. delo*, стр. 264. Cf. K., Oftinger, *Das Fahrnispfand, Commentaire zurichois*, 3rd. Edition, Zürich, 1981., стр. 364. Ствар свакако мора бити добровољно предата на поправку, у закуп и сл., уз сагласност дужника. Последица изабране формулације домаћег законодавца је значајно редуковање броја ситуација у пракси у којима ретенција може бити заснована.

¹¹⁹⁸ Чини нам се да је решењем ШГЗ ипак интерес дужника свеобухватније заштићен, те његова воља узета као параметар пуноважности конституисања ретенције. Са друге стране, швајцарско решење омогућава и додатно уважавање воље дужника: омогућавањем својеврсне „конвалидације“ претходно манљиво засноване ретенције, што решење НГЗ не омогућава. Одредба § 273, као и § 100 НГЗ „етикетира“ иницијално манљив посед повериоца као заувек незаконит и нелегитиман, те га ни на који начин накнадно не опуноважује, чак ни ако је то у складу са вољом дужника.

а што по нашој оцени – решење домаћег позитивног права чини задовољавајућим. Осим тога, оба Нацрта¹¹⁹⁹ усвајају овакво решење, што сматрамо адекватним.

IV Могуће врсте државине ретинента

Осим питања квалитета државине ретинента, важним сматрамо и питање врста државине које посед повериоца чине адекватним за конституисање ретенције. У домаћем праву опште је прихваћена подела државине на следеће врсте: непосредну и посредну; искључиву државину и судржавину; самосталну и изведену; а у новије време и физичку и тзв. дематеријализовану, што је ипак подела на ефективну и идеалну, а дематеријализована државина је још једна од више врста идеалне, без физичке апрехензије (табуларна, наследничка, посредна).

С обзиром да смо питање може ли ретенција постојати код самосталне и изведене државине већ претходно разматрали (у оквиру субјективне и објективне концепције поседа потенцијалних ретинената); као и може ли ретенција постојати и код искључиве државине и код судржавине (судржавина се у упоредном праву сматра подобном за ретенцију ствари, уз услов да је дужник потпуно искључен од могућности располагања стварју); на овом месту ћемо се задржати на другим двома поделама, а у контексту ретенције.

1. Непосредна и посредна државина као услов ретенције

У домаћој доктрини је општеприхваћено схватање да је једна од основних премиса за настанак ретенције - *непосредна* државина ретинента, а овакав закључак се изводи из законске формулације овог услова као: држање ствари «у рукама».¹²⁰⁰ За разлику од неких страних регулатива које такође следе објективну концепцију државине (попут НГЗ и ШГЗ), домаћи ЗОО, али и регулативе из нашег окружења,¹²⁰¹ одступају од признавања ретенције свакоме ко има државину ствари. Насупрот томе, овде се апострофира неопходност «*држања ствари у рукама*», чиме се наизглед одриче могућност ретинирања ствари посредном држаоцу.

¹¹⁹⁹ Чл. 522 ст. 2 Нацрта из 2011. године: „Поверилац не стиче право задржања *ако је дужникова ствар*, односно хартија од вредности *код њега против воље дужника...*“.

¹²⁰⁰ Видети: чл. 286 ст. 1 ЗОО. Р., Ковачевић-Куштримовић, М., Лазић, *нав. дело*, стр. 246.

¹²⁰¹ Видети: чл. 72 ст. 1 ЗООХ; чл. 261 ст. 1 ОЗС; чл. 293 ст. 1 ЗООЦГ; чл. 275 ст. 1 ЗООМ чл. 286 ст. 1 ЗОО Ф БиХ и Републике Српске.

Са друге стране, држање ствари у рукама подразумева претходно извршену физичку предају ствари повериоцу, будући да фиктивна предаја ствари, по правилу, не доводи до заснивања физичке апрехензије. Евентуално, једина врста фиктивне предаје која би, по нашем мишљењу, могла доћи у обзир као прикладна за настанак ретенције је *constitutum possessorium*, јер у тој ситуацији поверилац моментом закључења уговора преноси својину стицаоцу – свом дужнику, а уједно ствар задржава у својим рукама, по неком ужем основу. Само у том случају бива задовољен законски услов да поверилац ствар мора држати у рукама, за разлику од друга два вида фиктивне предаје (*traditio brevi manu*, *cessio vindicationis*), где то није случај.

Међутим, ова претходна разматрања полазе од премисе по којој ЗОО под титуларом ретенције подразумева повериоца, као лице које је уједно и у статусу држаоца. Ипак, морамо приметити да ЗОО заправо не користи термин држалац (што је терминологија ЗОСПО за лице које има фактичку власт на ствари, уз природну државинску вољу), већ – *поверилац који држи ствар у рукама*. Дословно значење ове формулације би било: свако лице које има физичку власт, па чак и детентор (уосталом и по ДЦФР се непосредна државина врши лично или преко детентора). Дакле, држање ствари у рукама се може схватити као упућивање на: 1) непосредну државину; и 2) детенцију. Али, ако бисмо се држали буквалног значења, што неки аутори чине, то би значило да се већина ствари не може држати у рукама (непокретних, али и покретних); дакле и да непосредне државине свих ствари не долазе у обзир, већ да то важи само за мање покретне ствари. Међутим, то свакако није био циљ законодавца.

Држање ствари у рукама се тако не може увек изједначити чак ни са непосредном државином, што је иначе у доктрини често заступљено схватање. Стога, ову формулацију ЗОО можемо оценити као нејасну, јер ствара забуну, због чега ју је потребно *de lege ferenda* прецизирати, на један од два начина. Наиме, могуће је: 1) увести термин – држалац, уместо садашњег – поверилац (као лице које држи ствар у рукама, што би се односило на све држаоце); или 2) термин - непосредни држалац, што је уже одређење, али и једноставније за примену.

Након свих претходних разматрања можемо формулисати предлог за српско будуће право, по коме би формулација *поверилац који држи ствар у рукама* била измењена у: *држалац ствари*. Притом, други део постојеће формулације из ЗОО - „у рукама“ треба брисати, јер је у питању преуско одређење, којим се с једне стране неоправдано елиминише широк круг ствари, као подобних објеката ретенције; са друге стране, ствара утисак да је за ретенцију довољна и детенција - што је у нескладу са

циљем законодавца. Стога, сматрамо оправданом измену постојеће формулације («који држи ствар у рукама»), оном која фигурира у немачкој и швајцарској регулативи: „поверилац који је држалац ствари“ и за српско право *de lege ferenda*.¹²⁰²

Друго важно питање је: да ли овом формулацијом треба обухватити само непосредне или и посредне држаоце? Наиме, решење по коме ретенентом треба сматрати само непосредног држаоца има вишеструке правне последице: 1) тиме се уводи неравноправан третман две врсте држалаца; и тиме је последично 2) редукован круг потенцијалних ретенената.¹²⁰³ Исти проблем постоји и у регулативама из нашег окружења, које су у новим прописима задржале наведену формулацију. Стога се и у литератури¹²⁰⁴ ових земаља наилази на критику постојећег решења, које је тренутно немогуће екстензивно тумачити. Ипак, интересантно је нагласити да је у хрватском ЗОО, упркос скорашњим законским изменама, поновљена формулација из ранијег законског решења¹²⁰⁵.

Насупрот претходно изложеном решењу је немачко, које је по много чему особено, а између осталог и по најшире одређеном кругу поседника ствари као потенцијалних ретенената¹²⁰⁶ у упоредном праву. У улози ретенента се тако могу наћи¹²⁰⁷: 1) непосредни држалац (*Unmittelbarer*); 2) посредни држалац (*Mittelbarer*)¹²⁰⁸; 3) суддржалац (*Mitbesitzer*); и 4) помоћник државине (*Doppelbesitz*) из § 868 НГЗ.

¹²⁰² Овде предложеним проширењем круга титулара ретенције и посредни држалац би могао да ретинира дужникову ствар, упркос одсуству непосредне апрехензије на њој (нпр. у случају давања ствари на чување трећем лицу), сем дужника у улози непосредног држаоца ствари (што је логично, јер тада он није искључен од фактичког располагања са ствари). Начин стицања ретенције посредног држаоца се у немачкој доктрини изводи по аналогији са § 1205 ст. 2 НГЗ, којим је нормирано стицање заложног права путем обавештења непосредног држаоца. Потенцијалним усложњавањем односа између ретенције посредног држаоца и паралелне ретенције непосредног, нарочито се бавила швајцарска доктрина, називајући ово својеврсном „подретенцијом“. Видети више код: К., Ofinger, *op. cit.*, стр. 363.

¹²⁰³ Могуће да је разлог овог несклада у домаћој регулативи временски размак између доношења ЗОО и ЗОСПО, те је формулација ЗОО првобитно обухватала држаоце и детенторе у улози ретенената, да би потом од 1980., када је усвојена објективна концепција државине, ова одредба имала уже значење, а до усклађивања ове одредбе о ретенцији из ЗОО са одредбама ЗОСПО није до данас дошло. Са друге стране, шире тумачење ове одредбе нам се не чини адекватним због прецизне, ограничавајуће језичке формулације ЗОО: „држи у рукама“.

¹²⁰⁴ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 248.

¹²⁰⁵ Чл. 72 ЗООХ

¹²⁰⁶ У немачкој доктрини овим питањем су се бавили нарочито: Staudinger Gursky, *op. cit.*, стр. 171; Н., Westermann, *op. cit.*, стр. 165.

¹²⁰⁷ Једино лице које се не сме наћи у улози непосредног држаоца је дужник, јер он мора бити ефективно искључен од било каквог утицаја на ретинирану ствар.

¹²⁰⁸ У ситуацији када је посредни држалац у улози ретенента њему мора бити признато овлашћење да свом „посреднику државине“ да овлашћење да врши право задржавања у његово име. На основу ефективног поседа ствари „посредник државине“ тиме добија сопствено право задржавања које је изведено из правне позиције његовог „вишег држаоца“. Више о томе: Staudinger Gursky, *op. cit.*, стр. 383.

Иако се немачко решење, макар на први поглед, може чинити адекватним моделом¹²⁰⁹ и за будуће српско право (у правцу проширења круга лица која могу бити у статусу ретинента), проблем је у томе што домаћи законодавац не користи термин - држалац. У супротном, могли бисмо, у складу са прихваћеним објективним концептом државине, под термином држалац подразумевати – све држаоце (па и посредне). У НГЗ се пак, непосредно користи термин – држалац и наводе различите врсте државине које долазе у обзир код заснивања ретенције.

Увођење могућности ретенције посредног држаоца (по узору на решење НГЗ), иако је начелно усклађено са општом тенденцијом што ширег признавања ретенције, можда би у овом тренутку у домаћим условима било исувише „радикално“, а у сваком случају компликованије од садашњег, са чијим тумачењем домаћи судови континуирано имају проблема – што показују и судске пресуде, које смо у раду коментарисали. Можда би овакво решење и било сврсисходно у домаћем праву, али по нашој оцени, у неком каснијем тренутку.

2. Државина и фиктивна ретенција

Утисак је да се у модерним условима физиономија института ретенције толико трансформише како би задовољила потребе савременог тржишта, да код неких њених облика долази до потпуног раскида са римском правном традицијом. Притом, овај институт се у разним правним системима развијао у различитим правцима, што свакако сматрамо сврсисходним. Међутим, једини сегмент који је до скоро био свим регулативама заједнички јесте посед ствари као услов *sine qua non* ретенције.

Међутим, законске измене, превасходно у француској регулативи¹²¹⁰, увеле су један, чини се *contradictio in adjecto*, а то је феномен *ретенције без детенције* („задржавање“

¹²⁰⁹ Паралеле ради и у регулативама англосаксонског правног подручја се признаје заснивање *lien-a* како непосредном, тако и посредном држаоцу. Притом, прва ситуација је могућа и када поверилац лично задржава дужникову ствар или када то чини посредством свог запосленог или пак преко заступника; са друге стране довољан је и посредан посед ствари, када треће лице непосредно поседује ствар (пр. складиштар, превозник и сл.). Тако се и за државинске (*possessory*) *lien-e* услов постојања поседа сматра оствареним онда када постоји ефективна могућност контроле над оптерећеном ствари дужника; типичан такав случај је тзв. *unpaid seller's lien*. Тако се англоамерички концепт нужног постојања поседа приближава немачком, који предвиђа све врсте државине на задржаваној ствари као могуће премисе настанка државинског *lien-a*.

¹²¹⁰ Фиктивна ретенција је у француској регулативи увођена постепено и у фазама: најпре, тзв. законом *Loi Malingre* из 1934. (као изузетно признање фиктивне ретенције продавцу аутомобила на кредит); затим, Законом бр. 67-563 од 13. 07. 1967. године, чл. 83 ст. 3 којим је практично омогућена реална суброгација објекта ретенције – уместо задржане ствари, објекат права ретинента постаје цена (односно

без претходног држања)¹²¹¹. Чини се да је у питању процес који се у овој регулативи одвијао постепено, у спрези законодавца, праксе и доктрине, а у циљу увођења особеног модалитета ретенције, који би коегзистирао са традиционалном ретенцијом везаном за посед ствари¹²¹². Коначан продукт ове еволуције, више нису, како се у литератури¹²¹³ истицало, тек спорадичне судске пресуде, понека законска одредба и усамљени, са друге стране, оштро критиковани ставови појединих аутора. У позитивном француском решењу, након законских измена из 2006. и из 2008. год.,¹²¹⁴ фиктивна ретенција¹²¹⁵ је призната као модалитет гаранције потраживања, који фигурира у ФГЗ у чл. 2286, паралелно уз материјалну ретенцију (која и даље важи као правило).¹²¹⁶ По нашем мишљењу, разлози за овакву, сасвим специфичну и неуобичајену концепцију ретенције у овој регулативи су следећи:

1) *Веза са залогом*. Особеност француске регулативе, а последично и ставова тамошње доктрине и праксе, јесте снажна повезаност између института залогне и ретенције. Наиме, ретенција се у ФГЗ конципира као самостално право, али истовремено и као једно од саставних овлашћења залогног повериоца.¹²¹⁷ А с обзиром на чињеницу да је развој залогне управо усмерен ка афирмисању бездржавинске залогне, не чуди појава и дематеријализоване ретенције (схваћене као саставног дела залогне) у истом контексту.¹²¹⁸ Осим тога, у француској доктрини¹²¹⁹ је врло флуидна линија

сразмеран део цене) добијен продајом ретиниране ствари. Видети више код: N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 34.

¹²¹¹ Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 20.

¹²¹² Детаљније о разликама између физичке и фиктивне, тј. материјалне и дематеријализоване ретенције видети у претходном делу рада о врстама ретенције.

¹²¹³ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 262-265. Ауторка своје закључке износи на темељу тада постојеће француске регулативе ретенције (тада још казуистичког карактера), као и појединих тумачења доктрине у време када није постојала општа норма ФГЗ о ретенцији, као ни о фиктивној ретенцији.

¹²¹⁴ Од реформе ЛМЕ од 4. августа 2008. године, створено је фиктивно право ретенције у случају залогне без депоседовања дужника, губећи свој материјални карактер. О критици оваквог решења више код: Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>).

¹²¹⁵ Назив „фиктивна“ ретенција последица је усвојене законске фикције о постојању поседа ретинента; фингира се заправо да ствар још увек није испоручена власнику (иако фактички јесте).

¹²¹⁶ У накнадно додатом ставу 4 чл. 2286 ретенција је призната и: „ономе ко има бездржавинску залогну“.

¹²¹⁷ У француској регулативи се ретенција по правилу схвата као овлашћење на држање заложене ствари и право на неиздавање власнику до намирења потраживања.

¹²¹⁸ Упис фиктивне ретенције на одређеним покретним стварима (односно упис права залогне као сложене права) у посебан јавни регистар у овој регулативи обезбеђује потребан публицитет, дејство према трећима, замењује потребу за поседом, а истовремено гарантује првенствено намирење ретинента. C., Scapel, *op. cit.*, стр. 566.

¹²¹⁹ О ретенцији као врсти законске залогне се изјашњава: M., Planiol, *op. cit.*, стр. 770.

разграничења између законске залоге и ретенције, нарочито у случају ове „нове“ ретенције, без поседа објекта задржавања.¹²²⁰

2) *Потреба за формалним признањем овог изузетка, претходно афирмисаним у судској пракси.* У литератури се наилази на став¹²²¹ да се фиктивна ретенција само изузетно може применити, те да ју је као такву било потребно законом тек „маркирати“ као правни феномен. Међутим, стиче се утисак да након последњих законских измена ФГЗ, фиктивна ретенција нема више значај изузетка, већ значај *законом општепризнатог права ретинента* без депоседовања дужника.¹²²²

3) *Потреба за јачањем дејства ретенције.* Досадашње законом признато дејство традиционалне ретенције француског права, редуковане на средство вршења притиска на дужника (без права намирења), очигледно не задовољава све потребе савременог правног промета. Потреба за новим, ефикасним правом реалног обезбеђења потраживања, које омогућава и намирење из вредности задржаног објекта доводи до измене овог института, који се према речима француске доктрине¹²²³, тако појачава и изједначава са стварним правом.¹²²⁴ Ипак, то ново овлашћење је пре последица увођења фиктивне ретенције, него разлог (у правом смислу речи) за њено увођење. У сваком случају, ова ретенција има ширу садржину од обичне ретенције француског права, која садржи само једно овлашћење – задржавање (не и намирење).

Упркос свему реченом, наш је закључак да је изабрана законска техника ФГЗ – *законско фингирање поседа ретинента*, заправо у функцији усклађивања концепције овог института са савременим потребама, а то је свакако појачавање дејства ретенције ка ефикасном средству намирења. Питање је међутим, да ли је оправдано овакав циљ постизати нарушавањем једног од основних постулата ретенције, а то је посед ретиниране ствари.

Притом, посебан проблем који настаје са увођењем фиктивне ретенције (паралелно уз државинску) је решавање проблема приоритета у реализацији ретенције фиктивног и физичког држаоца. У француској доктрини се наводи пример једне судске пресуде

¹²²⁰ Оба института настају непосредно *ex lege*, против воље власника ствари; оба представљају недржавинско средство обезбеђења потраживања и оба омогућавају намирење из вредности задржане ствари.

¹²²¹ S., Petrić, *nav. delo*, str. 262.

¹²²² За разлику од законских привилегија, које неспорно имају значај изузетка и у овој регулативи, фиктивна ретенција, нормирана општом нормом ФГЗ, више нема значај изузетка, већ паралелног средства обезбеђења уз ретенцију са детенцијом ствари).

¹²²³ N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 40-41.

¹²²⁴ *Ibid.* Поменути аутор ову појаву оцењује као дисхармоничну и неусклађену са суштином ретенције у француском праву. Други аутори тврде слично: да „нема ретенције без детенције“, те да је овакав институт неприхватљив, како правнотеоријски, тако и практично.

Апелационог суда у Паризу којом је предност дата физичкој ретенцији, упркос претходном конституисању фиктивне ретенције, на основу уписа залог у јавни регистар. На основу ње кредитном друштву није признато право повраћаја камиона од стране сервисера који га је поправљао. У образложењу ове пресуде наведено је: „...дужник није смео без знања заложног повериоца, који је сматрао да има заложени (уједно и ретинирани) камион у свом поседу, да да било које право овом сервисеру“.¹²²⁵

Новим решењем ФГЗ из 2006. је решена дилема дуго постојећа у француској доктрини и пракси, којом је предност дата фиктивном ретиненту у односу на ретинента са физичким поседом ствари, што је у складу са начелом *prior tempore potior iure*.¹²²⁶

2.1. Критички осврт на фиктивну ретенцију

Увођење фиктивне ретенције у ФГЗ је последица необичне генезе овог института у поменутој регулативи, са посебним доктринарним утемељењем (а то је недовољно разграничење залог и ретенције), али и последица жеље француског законотворца за модернизовањем овог „старог“ института. Потреба за јачањем дејства ретенције (кроз проширење садржине) је условила измену физиономије института у корист свеобухватније заштите интереса повериоца-ретинента, али на штету ретенције, која се одувек сматрала основом, па и оправдањем ретенције, која је чак општеприхваћено називана: „ефектом ретенције“.¹²²⁷

Наиме, државина се, по правилу, захтева као услов настанка ретенције, јер она значи одузимање кључног својинског овлашћења дужнику, без кога је за њега употреба ствари немогућа, а услед чега ретенција постаје ефикасно средство притиска. Са друге стране, фиктивна ретенција садржи намирење баш зато што изостаје државина као средство притиска на дужника. Без намирења, такво средство обезбеђења не би било ефикасно - без државине, без притиска и без намирења фиктивна ретенција практично не би ни постојала.

Притом, упис не замењује државину, већ је последица бездржавинске залог, која постоји само ако је уписана у регистар, а самим тим - ово важи и за ретенцију, која

¹²²⁵ Paris, 9. Mars 1964., La Cour d' appel de Paris, Journal des Agréés, 1964, p. 247, note M. Faure. Тако, ауторка која анализира наведену пресуду закључује да: „иако је ово можда логично решење, ипак штети нормалном механизму права ретенције“, са чиме се можемо сложити. N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 36.

¹²²⁶ Временски принцип стицања значи да се фиктивна ретенција стиче уписом у јавни регистар, а физичка тренутком заснивања посуда на ствари. О сукобу „реалности и фиктивности“ видети више код: P., Malaurie, L., Aynes, Cours de droit civil, Les sûretés, Édition Cujas, Paris, 1986., стр. 117.

¹²²⁷ L., Guillouard, *op. cit.*, стр. 12.

се у француском праву схвата као део заложног права. Дакле, пандан бездржавинској залози је и бездржавинска ретенција. Упис тако не представља ново средство публициитета (као замена за државину), како се у делу доктрине наводи, већ је последица бездржавинске залоге, која тако настаје, а ретенција је њен део.

Државина нема функцију публициитета, већ улогу притиска, будући да дужник без ње не може користити ствар, већ евентуално само правно располагасти њоме. Стога је питање колико је француском законодавцу циљ била фингирана ретенција, а колико је заправо то само последица конструкције у којој ретенција функционише у склопу залоге. Дакле, ако ретенција француског права иде уз залогу (као њен део), онда је јасно да је такав тип залоге условио такав тип ретенције – као последицу.

Ипак, овакав концепт, по нашем мишљењу, има пуно недостатака. Пре свега, потреба једне регулативе за новим реалним средством обезбеђења потраживања, не оправдава нарушавање основне физиономије постојећег института, у циљу „уклапања“ у тренутне потребе, поготово ако се његовим увођењем ствара правна несигурност.

Фиктивна ретенција као таква је неусклађена са суштином института ретенције, схваћене као фактичке привилегије, а управо заштићене физичким поседом ствари. Иако се уведеном фикцијом поседа у ФГЗ постиже жељени циљ – „компензовање“ физичке власти неким другим техникама „квази поседа“, што условљава јачање положаја појединих категорија „ретинената“, наш је утисак да се *оваквом законском техником фингира не само посед већ и ретенција*.¹²²⁸

Остале регулативе из нашег узорка не познају ову проблематику, будући да јасно разграничавају залогу и ретенцију. И иако се у литератури¹²²⁹ наилази на став да и швајцарско право познаје фиктивну ретенцију, сматрамо да то није случај или бар не на начин на који се та фиктивност манифестује у француском праву. Случајеви који се у швајцарској доктрини означавају као непоседовни модалитети ретенције¹²³⁰, по нашем мишљењу, су примери ретенције са посредном државином, која је у швајцарској (као и у немачкој) регулативи законом дозвољена. Насупрот томе, француско решење је

¹²²⁸ Овај модалитет ретенције је само правна конструкција, потпуно удаљена од сврхе *права задржавања*, на шта упућује и сам назив овог института.

¹²²⁹ Видети: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 261-262. Ауторка означава као дематеријализовану ретенцију и: „...ретенцију закуподавца комерцијалних некретнина на покретним стварима које се нађу у закупљеном објекту и које служе или управљању некретнином или њезиној употреби“, али и ретенцију хотелијера и гостионичара на унетим стварима госта, зарад обезбеђења потраживања чувања и смештаја. Видети: чл. 268 и чл. 491 ШЗО.

¹²³⁰ Део швајцарске доктрине ове ситуације квалификује као својеврсну законску залогу. Видети: K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 398.

потпуно иновативно и драстично мења начин посматрања вршења ретенције и њеног дејства у овој регулативи.

Иако је овакво необично решење модерно и сугерише потенцијално нови правац развоја ретенције у упоредном грађанском праву, барем за сада нам се таква могућност чини неприхватљивом, будући да одступа од базе института ретенције не само у домаћем, већ и у упоредном праву. Сматрамо да је у ситуацији где је важност поседа (физичке апрехензије) ствари релативизована у оквиру многих института савременог стварног права, сликовито речено, ретенција остаје можда и последње „уточиште“ идеје функционалности државине (односно детенције) ствари. Осим тога, основне асоцијације на ретенцију су: ствар, посед, задржавање, неиздавање ствари, намирење из задржане ствари, а све оне упућују на једно државинско средство обезбеђења потраживања, а не супротно.¹²³¹

Стога сматрамо да у српском будућем праву фиктивна ретенција није институт који би се уклопио у планирани систем права реалног обезбеђења, нарочито у ситуацији где постоји низ бездржавинских права обезбеђења потраживања, која имају свој велики (чак и неупоредиво већи) домаћај примене¹²³². Овај релативно мали опсег примене државинских обезбеђења потраживања јесте и треба да остане резервисан за особена средства заштите, попут ретенције, која је незамислива без физичког поседа.

¹²³¹ Тако се и у француској доктрини оправдано упозорава на следеће: „невидљиви посед“ ретинента (односно заложног повериоца) се уствари супротставља ономе што убудуће може настати као чисто, једноставно право ретенције у корист „правог, физичког ретинента ствари“. Тај однос право и „неправо“, тј. видљиво и невидљиво треба решити у прилог заштите видљиво, а у складу са потребама правне сигурности. Ово је нарочито важно у француској доктрини, која ретенцију учестало означава као „модалитет испоруке ствари“, при чему извршена испорука, онемогућава коришћење овог „модалитета“ испоруке. Када поверилац изгуби свој материјални утицај на ствар, требало би да је аутоматски изгубио и свој правни утицај на њој. Видети пресуду Касационог суда: *Cass. civ. 1 re 10. oct. 1962, Bull. 1962. I, p. 356, n. 413; G. P. 1962, p. 326. Cit to: N., Catala Franjou, op. cit.*, стр. 36. Међутим, питање је када би била могућа фиктивна ретенција, ако би видљива увек имала предност. Најбоље решење је, чини се, оно по коме се приоритет ретенције одређује према времену настанка.

¹²³² О сврси, домаћају примене и предностима бездржавинске залогe видети више код: М., Powlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2001.

ОДЕЉАК 5 КОНЕКСИТЕТ КАО УСЛОВ

Услов конекситета,¹²³³ тј. правна веза која постоји између обезбеђеног потраживања и поседа дужникове ствари, обично се у домаћој, као и у доктрини нама суседних земаља означава као споран¹²³⁴ или контраверзан¹²³⁵ услов настанка ретенције. Међутим, оно што се у иностраној доктрини чини спорним јесте само домашај захтеваног конекситета, а никако не и сврсисходност овог предуслова ретенције. Наиме, у свим традиционално важним европским регулативама услов конекситета се поима као нужна премиса конституисања ретенције. Осим тога и регулативе англосаксонског правног подручја инсистирају на услову постојања конекситета, чија ширина варира у зависности од тога да ли је у питању посебни (*particular*) или општи (*general*) *lien*.¹²³⁶ Разлика међу појединим регулативама је само у врсти захтеваног конекситета и ширини интерпретације, чиме се утиче на ширу или ужу могућност заснивања ретенције.¹²³⁷

На сасвим супротном полу се налази домаћа, као и регулативе из нашег окружења, које су у својим законским текстовима потпуно елиминисале услов конекситета у усвојеном концепту јединствене регулативе грађанске и трговачке ретенције. Оваква поставка проблема чини се врло интересантном за научно истраживање, у циљу изналажења разлога за одустанак домаћег законотворца од услова, који је притом, дуго био предуслов настанка грађанске ретенције српског права (све до доношења ЗОО)¹²³⁸. Разлози домаће правне традиције, која је у позитивном праву очигледно напуштена, као и упоредноправно другачије регулисање овог услова,

¹²³³ Термин *конекситет* потиче од немачких пандектиста XVI века, као збирни појам за различите случајеве конексних (унакрсних) тражбина – као оних које проистичу из истог правног основа. N., A. Elekes, *op. cit.*, стр. 53.

¹²³⁴ B., Vizner, *nav. delo*, стр. 1144.

¹²³⁵ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 265.

¹²³⁶ Тако, посебни *lien* постоји само у случају постојања материјалног конекситета (по правилу је реч о трошковима око ствари који су инкорпорисани у њу, чиме је повећана вредност ствари), а општи *lien* по правилу подразумева постојање привредно-економског конекситета (реч је о потраживању насталом у оквиру делатности *lienor-a*). Више о томе: Sykes, *op. cit.*, стр. 561.

¹²³⁷ Притом, та правна веза потраживања и ствари, као објекта и средства обезбеђења ретенцијом, се у доктрини оцењује не само као један од услова настанка ретенције, већ често и као *ratio* и оправдање института ретенције.

¹²³⁸ У § 471 АГЗ, чија су се правна правила примењивала у домаћем праву све до 1978., услов конекситета је био изричито предвиђен као предуслов настанка грађанске ретенције, за разлику од ретенције привредног права (као и конкретно, меничног и чековног), која није садржала услов конекситета.

чине нам се довољним разлогом за испитивање целисходности домаћег решења *de lege lata*. Утолико пре, ово је разлог и за преиспитивање творца Нацрта ГЗС (који оличава будуће српско право), у ком се задржава исти (негативан) однос према услову конекситета, као предуслову ретенције. Коначно, услов ретенције коме је страна доктрина (готово свих земаља из нашег узорка) посветила пуно простора у литератури, чини нам се незаобилазним предметом анализе у нашем истраживању, упркос незаинтересованости домаће доктрине за ову проблематику.

Даље излагање ће бити рашчлањено према домаћају признавања услова конекситета у појединим регулативама, које ћемо према том критеријуму класификовати у различите моделе. Потом ћемо, у оквиру тих модела, анализирати врсте законом захтеваног конекситета, а према општеприхваћеним називима које је креирала доктрина.

I Модели регулатива с обзиром на однос према услову конекситета

Базична подела свих законских решења с обзиром на однос према важности постојања правне везе између потраживања и задржане ствари је подела на: 1) регулативе које *предвиђају* услов конекситета као услов *sine qua non* опште ретенције грађанског права и 2) оне које га *не предвиђају*.¹²³⁹ Важна последица ових двеју опречних поставки тиче се различитог домаћаја допуштеног заснивања ретенције у овим регулативама, а на основу различитих теоријских принципа, којима се одмерава ниво потребне заштите колидираних интереса повериоца и дужника.

1. Правни системи који познају услов конекситета

Компаративном анализом различитих законских текстова увиђа се да, упркос разноликим формулацијама потребне правне везе између потраживања и поседа ствари (као објекта задржавања), већина регулатива из нашег узорка прописује услов конекситета, као неопходан елемент овог чињеничног скупа.¹²⁴⁰ Ту можемо убројати:

¹²³⁹ Притом, наглашавамо да и у овој другој групи регулатива постоје законом предвиђени изузеци, када услов конекситета постоји по природи ствари, али само код појединих посебних модалитета ретенције (пр. ретенција савесног држаоца у домаћем праву; ретенција угоститеља и сл.).

¹²⁴⁰ У ширем смислу овде можемо убројати и регулативе англосаксонске правне традиције које имплицитно садрже услов конекситета као обавезан, иако га експлицитно не наводе у законским формулацијама. Ипак, анализом случајева када је *possessory lien* признат (нарочито у УСС-у), увиђа се да управо конекситет представља својеврсно оправдање за конституисање терета на дужниковој ствари.

француску, италијанску, немачку грађанску, аустријску грађанску и швајцарску регулативу ретенције.¹²⁴¹ Притом је управо конекситет изабран као критеријум за утврђивање «праве мере» за сразмерну заштиту интереса повериоца и дужника (као ретенцијом фаворизоване и погођене стране).

Оно што је заједничко свим регулативама из ове групе јесте постојање више различитих врста конекситета, које у појединим законским решењима фигурирају као правило, односно као изузетак. Да бисмо разјаснили значење и домашај сваке врсте, најпре ћемо изложити могуће поделе и објаснити сваку врсту конекситета понаособ, на начин који је општеприхваћен у доктрини. Тек потом ћемо анализирати поједине моделе регулатива, с обзиром на признате врсте конекситета у њима.

Питање које је заокупило пажњу правних писаца из свих регулатива, није сврсисходност постојања конекситета (што се скоро и не доводи у питање), већ типологија врста конекситета, као и начин најадекватнијег формулисања ове рестрикције. У литератури¹²⁴² се тако наилази на оцене да је значај конекситета далеко већи у земљама романског правног круга, него у осталим регулативама.¹²⁴³ Међутим, чињеница да је услов конекситета нужен и у свим осталим регулативама из ове, прве групе омогућава изнајавење заједничких карактеристика конекситета, као случајева у којима се постојећа правна веза оцењује као прикладна за конституисање ретенције.

1.1. Врсте конекситета у правној теорији

Најчешћа, традиционална подела врсти конекситета у литератури је на: правни (субјективни, интелектуални) и материјални (објективни).¹²⁴⁴ Међутим, све је више аутора који ову поделу рашчлањавају на више врста конекситета¹²⁴⁵ и то: 1)

¹²⁴¹ У ШГЗ у чл. 895 захтева постојање везе између предмета обезбеђења ретенцијом (потраживање) и средства обезбеђења (дужникова ствар). Притом је једна од ретких разлика у регулисању ретенције трговца и нетрговца у ШГЗ управо ова која се тиче услова конекситета. Наиме, за нетрговца је довољно да потраживање буде „у некој вези са предметом задржавања“, док се за трговце овај услов поставља знатно шире: за трговце се сматра да ова веза постоји увек „када државина ствари и потраживање проистичу из узајамног трговачког пословања“. Видети: чл. 895 ст. 2 ШГЗ. Из тог разлога нам се не чини довољном аргументација дела доктрине да је разлог елиминисања конекситета у домаћем решењу (као и у хрватском) иницијално опредељење за трговачки концепт ретенције. Cf. S., Petrić, *nav. delo*, str. 265. Доказ да изабрани концепт ретенције не утиче на увођење или елиминисање услова конекситета је решење ШГЗ (јединствени концепт ретенције - уз инсистирање на постојању конекситета).

¹²⁴² S., Petrić, *nav. delo*, str. 265-284.

¹²⁴³ Са оваквом оценом бисмо се могли сложити само у погледу научног проучавања ове проблематике, које је заиста најзаступљеније у француској (па и италијанској) литератури.

¹²⁴⁴ Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 22-27; N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 18-32.

¹²⁴⁵ Још једна у низу особености решења англоамеричке регулативе *lien-a* јесте и подела на: посебне (*particular*) и опште (*general*) *lien-e*, која је извршена управо према врсти конекситета који постоји у

материјални; 2) правни; 4) конвенционални (уговорни)¹²⁴⁶ и 3) привредно-економски.¹²⁴⁷

Међутим, нама се чини да је ове врсте конекситета могуће претходно поделити на оне који су типични за: 1) *грађански* или за 2) *трговачки промет*. Тако, прве три наведене врсте конекситета (правни, материјални и конвенционални) су типични за грађански промет, а тзв. привредно-економски конекситет за трговачки. Притом, услов конекситета код грађанске ретенције (за све три врсте) је увек строже постављен у односу на овај услов код трговачке ретенције (привредно-економски конекситет). Стога ће редослед излагања ићи од најстроже дефинисане правне везе (материјални конекситет), па до најшире везе (привредно-економски конекситет).¹²⁴⁸

1. *Материјални (објективни) конекситет*¹²⁴⁹ се обично у доктрини означава као *debitum cum re iunctum* (дуг повезан са задржаваном ствари)¹²⁵⁰. Реч је о ситуацији у којој је ретенцијом обезбеђено потраживање непосредно повезано са ствари и то у две ситуације: 1) када је ретинент имао трошкове око ствари (нежне или корисне)¹²⁵¹; или 2) када му је та ствар причинила штету¹²⁵². У оба случаја поверилац-ретинент је управо

датом случају. Тако, у тамошњој литератури се среће разликовање: а) оне правне везе између задржане ствари и обезбеђеног потраживања која доводи до повећања вредности саме ствари (ситуација где ствар „дугује“, што се у европскоконтиненталној доктрини назива материјалним конекситетом), што је случај примене *particular lien-a*; и б) широка правна веза где је довољно да постоји одређени словни однос између странака (што се у европскоконтиненталној доктрини најчешће означава као привредно-економски конекситет), што је случај примене *general lien-a*. Више код: Lavine, *op. cit.*, стр. 607.

¹²⁴⁶ О конвенционалном конекситету највише се пише у француској и италијанској литератури: Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>); P., Basso, *op. cit.*, стр. 46 i dalje.

¹²⁴⁷ Ову врсту конекситета наводи у домаћој доктрини: В., Vizner, Коментар закона о обвезним (obligacionim) odnosima, стр. 1145.

¹²⁴⁸ У делу доктрине се износи запажање да ова последња врста готово да симболизује «непостојећу међусобну повезаност потраживања и ствари». Видети: В., Vizner, *nav. delo*, стр. 1146. Сматрамо да ова констатација ипак није адекватна, будући да правна веза, ма колико била широко постављена и даље мора да постоји. Правна веза као предуслов је овде следећа: везана за лица (трговци) и везана за врсту послова (трговачки послови). *Argumentum a contrario*, ако је реч о трговцима, али који ретинирају ствар коју поседују ван оквира трговачких послова – ретенција не би могла бити пуноважно заснована (осим можда по општим правилима за грађанску ретенцију). И обрнуто, ако је реч о трговачком послу, али је једно лице трговац, а друго нетрговац, поново неће постојати привредно-економски конекситет. Стога, ово јесте врста конекситета, као услов ретенције, али формулисана шире од других.

¹²⁴⁹ Иначе је реч о врсти конекситета која је била предвиђена у нашем предратном законодавству, конкретно у § 471 АГЗ. Такође, материјални конекситет је био предвиђен и у § 220 СГЗ, којим је била прописана обавеза савесног купца да покретну ствар врати продавцу ако би му власник надокнадио оно што је за њу дао и на њу потрошио.

¹²⁵⁰ О „објективном“ конекситету у француском праву више код: Planiol, Ripert, Boulanger, *op. cit.*, стр. 598.

¹²⁵¹ Овде француска доктрина убраја следеће случајеве: ретенција спецификатора за цену свог рада; ретенција наследника који је имао трошкове око ствари, а мора је предати у природи; ретенција стицаоца „добре вере“ изгубљене или украдене ствари за рамбурс плаћене цене; ретенција експроприсаног власника у јавном интересу; ретенција плодоуживаоца ствари; ретенција произвођача нове ствари; ретенција савесног држаоца и др. N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 30.

¹²⁵² В., Vizner, Коментар ZOO, *nav. delo*, стр. 1145.

због те ствари претрпео извештан губитак у својој имовини, који дужник треба да надокнади, а док он то не учини, поверилац има право да „ствар која дугује“ или „ствар која је штетник“ ретинира, а евентуално и прода у циљу намирења.¹²⁵³ Оправдање овог типа конекситета је *правичност*, јер веза између потраживања и ствари овде не почива ни на каквом претходном правном послу; лице које држи ствар није предвидело да ће постати поверилац. С обзиром да поверилац није био у могућности да себи прибави обезбеђење, признавање законске ретенције му даје гаранцију као „озбиљну наду исплате дуга“.¹²⁵⁴

2. *Правни (субјективни, интелектуални) конекситет*¹²⁵⁵ почива на субјективном елементу: на истом правном односу¹²⁵⁶ из кога проистичу потраживање и посед ретиниране ствари. Најчешће је у питању конкретан уговор,¹²⁵⁷ али то може бити и знатно шире одређење, попут: „низа сукцесивних правних послова“¹²⁵⁸; „комплекса правних односа“¹²⁵⁹; „један животни однос унутрашње заједнички“¹²⁶⁰ или „онај који извире из природе међусобних потраживања“.¹²⁶¹ У доктрини¹²⁶² се истиче позната Голдшмитова дефиниција правног конекситета као ситуације када: „захтев и противзахтев припадају истом комплексу односа, који по природи ствари или по вољи

¹²⁵³ С обзиром да је одређена имовинска вредност повериоца инкорпорисана у тој ствари, он је овлашћен да ствар не изда на захтев дужника, како би на тај начин заштитио свој „део у ствари“, који се „не може одвојити због акцесије (прираштаја)“ двеју различитих имовинских вредности. Поверилац ствар задржава у својству њеног: „одржаваоца, поправљача или пак оштећеног“. *Ibid.*

¹²⁵⁴ Поједини аутори (Bonnescase) чак закључују да ретенција тако има ефекат да „дуплира или појача институт неоснованог обogaћења“. N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 30.

¹²⁵⁵ О критици прихватања само правног конекситета, без материјалног (али и обрнуто) и корисности „тезе двојности услова“ конекситета видети расправу у француској доктрини: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 22-27.

¹²⁵⁶ Тај правни однос (као основ правног конекситета) може бити: исти уговор, поништени уговор – због потребе да се успостави *status quo ante contractum*, једностранни правни посао, *negotiorum gestio* и сл. R., Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, стр. 1277.

¹²⁵⁷ Више о разлици између материјалног и правног конекситета видети: M., Planiol, *op. cit.*, стр. 776.

¹²⁵⁸ У делу француске доктрине се инсистира на проширењу значења правног конекситета, те предлаже тумачење формулације „исти правни однос“, не као исти уговор, већ као низ аналогних операција двеју страна, као хомогени скуп више конкретних правних послова, тј. као „јединствени генерални уговор“. Тако, на примеру аутомеханичара и више различитих поправки, „треба усвојити *синтетичку визију односа клијента и мајстора*“, а не редуковати ретенцију на последњу предају ствари и потраживање непосредно из ње проситекло. У том смислу, доктрина критикује пресуду Трговачког суда у Греноблу од 11. Октобра 1954., у којој је оцењено да: „има онолико различитих уговора, колико и предаја аутомеханичару“, због чега „нема права на ретенцију ствари поводом пређашњих уговора, због одсуства конекситета“. Ауторка ове критике оцењује да би било правно засновано одобрити ретенцију ствари за укупна потраживања, јер су она „заједнички плод уговорних односа исте природе између истих страна“, са чиме се можемо сложити. N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 25.

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ Ennecerus, Kipp, Wolf, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, ed. 23-27, I-2, Marburg, 1927., стр. 84.

¹²⁶¹ B., Vizner, *nav. delo*, стр. 1145. Аутор под овим видом правног конекситета подразумева ситуацију задржања туђе нађене ствари у односу на исплату налазачке награде и трошкова чувања; као и право пословође без налога да задржи ствар господара посла ради накнаде трошкова око повећања имовине друге стране у овом квазиуговору, и сл.

¹²⁶² N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 25.

учесника чине јединство природно-вољно, где се таква воља претпоставља, јер би у противном било повређено начело савесности и поштења“. Генерално, може се закључити да се правни конекситет, шире схваћен, сматра нарочито оправданим између истих лица повезаних *поновљеним операцијама исте природе*.

3. *Привредно-економски конекситет* је она врста која се у иностраној доктрини назива правном везом *ex dispari causa*, тј. ситуацијом у којој потраживање и посед задржаване ствари проистичу из различитих правних основа (или чињеничних стања). Реч је о постојању сталне, континуиране пословне, економске везе странака – која сама по себи оправдава узајамно ретинирање ствари, неvezано за основ.¹²⁶³ Оваква формулација је типична за трговачке законе, па и за швајцарско решење (којим су на јединствен начин уређене грађанска и трговачка ретенција).¹²⁶⁴

Ratio legis овако широко постављеног конекситета је потреба трговаца за очувањем међусобног поверења, јер би у супротном, уговарањем залогe или другог средства реалног обезбеђења, постојала сумња у бонитет сауговарача, чиме би односи међусобног пословања били пољуљани.¹²⁶⁵ Одступање од уско схваћеног услова конекситета, као везе поводом истог правног односа, овде бива замењен „комплексом пословних односа“ трговачких партнера, што сматрамо разумљивим.¹²⁶⁶

4. *Уговорни (конвенционални) конекситет* француска доктрина¹²⁶⁷ означава као могућност, која је у складу са диспозицијом воље грађанскоправних субјеката.¹²⁶⁸ Конвенционални конекситет носи овај назив јер произлази из уговора чији је једини предмет – креирање права ретенције. Као типичан пример доктрина наводи предају административних докумената неког возила банци која је финансирала његову куповину, као гаранцију за исплату дуга. За разлику од залогe, ова уговорна ретенција у француском праву има слабије дејство и ужу садржину: „није преференцијално право на продају задржане ствари, већ проста моћ блокирања предаје ствари.“

¹²⁶³ Једино ограничење овакве ретенције је забрана ретинирања у случају постојања конкретне повериочеве обавезе да са предатом дужниковом ствари поступа на одређени начин.

¹²⁶⁴ Реч је о: 1) сфери трговачког промета; 2) о посебној категорији субјеката у улози ретинената – а то су искључиво професионални трговци; и 3) о посебној категорији послова – трговачки послови.

¹²⁶⁵ Тако, у случају трајног обављања услуга свом сауговарачу, поверилац има право ретенције на роби свог дужника не само због неисплаћене вредности конкретно те услуге која се односи на задржану робу, већ и због осталих неплаћених услуга. В., Vizner, *nav. delo*, str. 1146.

¹²⁶⁶ Ова тенденција се у доктрини оцењује као продирање идеја модерног привредног права и у домен грађанског. Међутим, ма колико се ова врста конекситета чинила оправданом у сфери трговачког промета, нама се чини да је њен *ratio* врло удаљен од разлога увођења конекситета у сферу грађанског промета.

¹²⁶⁷ Код правног конекситета се као највећи проблем показују тешкоће при разликовању ретенције од приговора неиспуњеног уговора. N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 17-26.

¹²⁶⁸ *Ibid.*

1.2. Правни системи у којима се конекситет схвата уско

Поделу држава у групе у овом делу рада извршили смо према критеријуму да ли се конкретна врста конекситета у њима тумачи: шире или уже (док у обема групама постоје начелно исте врсте конекситета).

У ову, прву групу сврставамо решења француског и италијанског права, будући да је у њима (на различите начине) строго постављен услов конекситета. Важност, готово ригидност услова конекситета у овим два регулативама читава се како у појединим законским формулацијама, тако и у судским пресудама, а нарочито у општеприхваћеном схватању доктрине да је услов конекситета централни, па чак и најважнији¹²⁶⁹ у склопу услова за конституисање ретенције. Тако се оцењује да: конекситет „исцртава контуре ретенције, дајући легитимитет целом институту“, јер повезивањем потраживања и ретиниране ствари он „креира својеврсну залогу за плаћање противничког дуга“.¹²⁷⁰ Француски аутори истичу да би прихватање ретенције без услова конекситета донело: „широк дијапазон овом приватном судском поступку, те да би ретенција подстакла повериоца да се на сваки начин „дочепа“ ствари дужника да би вршио задржавање или би то мотивисало дужника да повери своју ствар фиктивном повериоцу да би „избегао“ право.

Оно што је дуго било заједничко решењу ФГЗ и ИГЗ јесте регулисање конекситета кроз низ казуистичких одредаба којима се појединим категоријама поверилаца признавала ретенција. Од 2006. француски законодавац је по први пут општом нормом регулисао ретенцију¹²⁷¹, а њену структуру формулисао управо према врстама конекситета због којих се ретенција признаје. На овај начин је потврђено традиционално правило по коме ретенција француског права не може настати без постојања одређене правне везе између обезбеђеног потраживања и задржане ствари.

¹²⁶⁹ Видети: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 22.

¹²⁷⁰ Тако се у француској доктрини истиче следећи пример: по основу чл. 1948 ФГЗ могућа је ретенција покретне ствари само на основу уговора о депоновању. Ако су неке наредне поправке ствари које је извршио механичар проузроковале више различитих уговора, на основу којих је извршено више предаја аутомобила истом лицу, сваки пут може настати само *ново право ретенције*. Претходна ретенција престаје са депосдовањем повериоца и механичар нема право да задржи возило до исплате старих рачуна, управо због одсуства строго дефинисаног правног конекситета. X., Henry, et alia, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010, стр. 2247. N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 17.

¹²⁷¹ Видети: чл. 2286 ФГЗ. „На право ретенције се може позвати онај коме је ствар: 1° предата до исплате његовог потраживања; 2° онај чије неплаћено потраживање произлази из уговора који га обавезује да ствар испоручи; 3° онај чије је потраживање настало приликом ретенције ствари; 4° онај који је титулар бездржавинске залог“.

Та веза, како је експлицитно прописано, може бити: *правна*¹²⁷², *материјална*,¹²⁷³ али и *конвенционална*. Међутим, ово разликовање често је и немогуће доследно извести у пракси, будући да постоји и тзв. *мешовити конекситет* (случај када истовремено постоје правни и материјални).

У делу француске доктрине¹²⁷⁴ се истиче важна разлика у дејству ове две врсте конекситета: тако, материјални може да се супротстави свима, а правни конекситет искључиво дужнику потраживања. Ипак, у новијој француској доктрини оваква схватања су напуштена, уз аргументацију да је ретенција у оба случаја исти институт, који увек има исто законом признато дејство. Притом, правни конекситет француска доктрина¹²⁷⁵ означава као правило, материјални као изузетак, а конвенционални тек као могућност, која је у складу са диспозицијом воље грађанскоправних субјеката.¹²⁷⁶ Као изузетак, наводи се и случај фиктивне ретенције, код које услов конекситета изостаје.

Са друге стране, италијанска регулатива¹²⁷⁷ услов конекситета уводи кроз ретенцију савесног држаоца туђе ствари¹²⁷⁸, која почива на материјалном конекситету.¹²⁷⁹ Осим романских регулатива¹²⁸⁰, у ову групу сврставамо и једну из „германског правног круга“. Регулative аустријске грађанске ретенције такође врло уско одређује услов материјалног конекситета (који притом једино и признаје), таксативно набрајајући дозвољене случајеве ретенције¹²⁸¹. *Ratio* овако строго одређеног конекситета, као предуслова ретенције, тамошња доктрина¹²⁸² препознаје у нужном осигурању начела добре вере (*bona fides*).¹²⁸³

¹²⁷² Више о правном конекситету: Enneccherus, Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1950.

¹²⁷³ Типични случајеви материјалног конекситета у ФГЗ су чл. 570 и чл. 867 ФГЗ.

¹²⁷⁴ *Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo*. (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>).

¹²⁷⁵ N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 17-26.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ Италијански аутори ретенцију одређују као: „средство приватне самозаштите које омогућава повериоцу да одбије предају дужникове ствари док се не изврши *обавеза која је нужно повезана са задржаном ствари*“. Gardani, *op. cit.*, 1998., стр. 65. О „погубности“ ширег признавања ретенције, невезано од каузе потраживања видети: Marty, Raupaud, *op. cit.*, стр. 21.

¹²⁷⁸ Чл. 1152 ИГЗ. Више о томе: P., Basso, *op. cit.*, стр. 139 и даље.

¹²⁷⁹ Ретенција савесног држаоца (која почива на материјалном конекситету) представља базу за изградњу опште теорије ретенције у италијанској доктрини, због чега се изводи закључак о доминантности ове врсте конекситета, у односу на правни конекситет у овој регулативи.

¹²⁸⁰ Више о конекситету у регулативама романског правног круга: Dusi, *istituzioni di diritto civile*, II vol., Torino, 1940., стр. 143; Rugiero, Maroi, *istituzioni di diritto privato*, Milano, 1942., стр. 770.

¹²⁸¹ § 471 АГЗ. То су случајеви: 1) штете од задржане ствари; као и 2) учињени издаци за задржану ствар (трошкови и побољшања). Тако и: Z., Stipković, *nav. delo*, стр. 288. Једини изузетак када се и у аустријској грађанској регулативи признаје ретенција без материјалног конекситета (уз правни конекситет) јесте случај ретенције угоститеља, чл. 970 АГЗ.

¹²⁸² Gschnitzer, *op. cit.*, стр. 204. Овај аутор сматра да се већ самом ретенцијом ствари остварује конекситет између два захтева.

¹²⁸³ *Protokolle des Herrenhauses*, Wien, 1916., стр. 200.

1.3. Правни системи у којима се конекситет схвата широко

У другу групу регулатива које заснивање ретенције условљавају конекситетом потраживања и задржаване ствари, спадају две из нашег узорка и то: 1) швајцарска; и 2) немачка грађанска.¹²⁸⁴

Ипак и у овим регулативама се сматра неопходним постојање *правне везе* између обезбеђеног потраживања и задржаване ствари (или чинидбе) као «*унутрашњег разлога који оправдава цео институт*»¹²⁸⁵. Разлика између ове две регулативе се огледа у начину и ширини дефинисања овог услова.

1. У НГЗ¹²⁸⁶ је предвиђен правни конекситет као правило; а материјални као изузетак.¹²⁸⁷ Иако «потраживање мора да произлази *из истог правног односа* на ком почива и обавеза»,¹²⁸⁸ што доктрина¹²⁸⁹ оцењује као «релативно строг захтев», екстензивним тумачењем се ипак постиже готово исти ефекат као у законској формулацији ШГЗ. Тако, немачка доктрина¹²⁹⁰ истиче да под „истим правним односом“ не треба разумети само исти правни посао из кога произлазе потраживање и државина ствари, већ и: „унутрашњи, заједнички животни однос“ чинидбе и противчинидбе.¹²⁹¹ Ипак, ако се чак ни најширим тумачењем не може наћи никаква веза између два реципрочна потраживања, немачка судска пракса одриче право на задржавање дужникове ствари (или чинидбе).¹²⁹²

2. Са друге стране, швајцарска регулатива не оставља никакву дилему у погледу ширине интерпретације услова конекситета, будући да једино поставља захтев да:

¹²⁸⁴ Притом, НГЗ има релативно уско законско одређење конекситета, али упркос томе, општеприхваћен манир немачке доктрине и праксе је да овај услов интерпретирају екстензивно. Са друге стране, решење ШГЗ поставља најшире законско одређење услова конекситета у односу на све остале регулативе из нашег узорка.

¹²⁸⁵ А., Breuer, *op. cit.*, стр. 19.

¹²⁸⁶ Видети: чл. 273 ст. 1 НГЗ

¹²⁸⁷ Разлика између ова два случаја (и врсте конекситета) је у томе што се материјални конекситет (из става 2 чл. 273 НГЗ) претпоставља, а постојање правног конекситета се у конкретном случају мора доказати. Код материјалног, ствар дугује, те не треба правно повезивати два потраживања, као предуслов пуноважне ретенције. Оваква структура чл. 273 НГЗ само потврђује ставове француске доктрине о оправданости „тезе двојности конекситета“ као коегзистирајућих, допуњујућих типова конекситета, као предуслова ретенције.

¹²⁸⁸ § 273 st. 1 НГЗ.

¹²⁸⁹ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 274.

¹²⁹⁰ O., Palandt, *op. cit.*, 1971., стр. 248.

¹²⁹¹ Дакле, приметно је да је у питању тумачење које превазилази оквири једног уговора, квазиуговора, чак и скупа више повезаних правних послова; овде се чини довољном било каква фактичка или временска, чак не нужно ни правна веза повериоца и дужника.

¹²⁹² Fikentscher, W., *Sachenrecht*, Berlin - New York, 1976., стр. 238.

потраживање ретинента буде „*по својој природи у одређеној вези*“ са ретинираном ствари.¹²⁹³ Оваквом формулацијом, швајцарски законодавац је поставио најширу формулу дозвољеног конекситета у упоредном праву, којом су обухваћене све врсте конекситета, тј. претходно помињаних, а могућих веза између потраживања и ствари, али и више од тога. Наиме, швајцарски правни писци¹²⁹⁴ истичу да су тиме обухваћени следећи случајеви дозвољене ретенције, а на основу постојеће „адекватне унутрашње везе“, за следећа потраживања: 1) потраживање накнаде трошкова око ствари, као и због штете од ствари (*материјални конекситет*)¹²⁹⁵; 2) потраживање проистекло из истог правног односа (*уже схваћен правни конекситет*); 3) потраживање проистекло из истог фактичког односа (чл. 716 ШГЗ – *шире схваћен правни конекситет*, као у НГЗ); 4) потраживање произашло из комплекса истих правних или фактичких односа (конекситет који бисмо могли назвати *сложеним*); и коначно 5) повезаност потраживања и ствари заједничком сврхом, временском или уопште неком природном везом (најшире одређен конекситет, који бисмо могли назвати *природним*).

Заправо, овакав модел услова конекситета код грађанске ретенције сматрамо најадекватнијим будући да: инсистира на постојању одређене правне везе између потраживања и ствари, чиме сразмерно заштићује интерес дужника-нетрговца; а истовремено, конекситет одређује довољно широко да овај услов судија може и најслободније да интерпретира¹²⁹⁶. Наиме, свака веза (па и обична чињенична) се сматра довољном да правно повеже средство и предмет обезбеђења, у циљу заштите интереса повериоца. Са друге стране, конекситет је ипак нужен услов – као својеврстан коректив повреде начела диспозиције странака.¹²⁹⁷

Када је у питању трговачка ретенција у швајцарској регулативи, конекситет као услов њеног конституисања је још шире постављен¹²⁹⁸: у питању је тзв. привредно-економски тип, који ретенцију оправдава у сваком случају када су „државина ствари и

¹²⁹³ Чл. 895 ШГЗ

¹²⁹⁴ Tuor, Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, *op. cit.*, 1979., стр. 738. Rossel- Mentha, *op. cit.*, стр. 313; K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 371.

¹²⁹⁵ Овим су обухваћени најразличитији случајеви трошкова око туђе ствари од стране: налогопримца, пословође без налога, комисионара, превозника, депозитара, складиштара, заложног повериоца, па и налазача туђе ствари и сл. Више о томе: K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 375.

¹²⁹⁶ Ограничења у интерпретирању домаћаја услова конекситета у ШГЗ доктрина одбацује као неусклађена са начелом савесности и поштења. K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 370.

¹²⁹⁷ Тако према тексту ШГЗ увек мора постојати конекситет (макар и најшире схваћен), иначе се ретенција одбија; нпр. заложни поверилац неће имати право да ретинира ствар свог дужника њему претходно заложену, ако нема адекватне везе између претходно заложене ствари и новонасталог потраживања. То значи да ШГЗ не познаје институт *pignus gordianum*, за разлику од француске и италијанске регулативе. Видети: чл. 2082 ст. 2 ФГЗ и чл. 2794 ИГЗ.

¹²⁹⁸ У делу домаће доктрине се чак закључује да се у ШГЗ као предуслов трговачке ретенције и не тражи услов конекситета, већ само „комерцијалност две тражбине“. R., Lorenc, *nav. delo*, стр. 77.

обезбеђено потраживање *произашли из узајамног трговачког промета странака*¹²⁹⁹. Два су услова овакве ретенције: 1) да су субјекти професионални трговци и 2) да су потраживање и посед ствари проистекли из узајамног трговачког пословања.¹³⁰⁰

2. Правни системи који не познају услов конекситета

У групу регулатива, које не траже услов конекситета (ни за трговачку, ни за грађанску ретенцију) спада пре свега домаћа, али и регулативе земаља које са српском имају заједничку правну традицију (хрватска, црногорска, македонска, словеначка и регулатива БиХ)¹³⁰¹. Разлозима, који су домаћег законодавца мотивисали да дозволи овако широку примену ретенције, домаћа доктрина се готово уопште и не бави¹³⁰². Ипак, констатује се да је овакво решење у складу са модерним токовима и општом тенденцијом комерцијализације грађанског права. Елиминисањем услова конекситета свакако је проширена могућност примене ретенције у пракси, јер се увидело да је неоправдано повластити само повериоце трговце због њихове професије.

У хрватској доктрини¹³⁰³ се тако оцењује да је у овој групи регулатива прихваћен модел трговачке ретенције швајцарског, немачког и аустријског трговачког права. Ипак и друга наведена група регулатива (која не захтева конекситет као услов ретенције), познаје одступање од овог правила, те у два случаја тражи конекситет, који је овде последица околности под којима се ретенција врши: 1) ретенција савесног држаоца (материјални конекситет);¹³⁰⁴ и 2) ретенција угоститеља на стварима које је

¹²⁹⁹ Видети: Чл. 895 ст. 2 ШГЗ

¹³⁰⁰ Овако широко одређен конекситет сматрамо оправданим услед специфичних (а претходно помињаних) особених потреба ове бранше за брзим, ефикасним, правно безбедним пословањем, а са максимално очуваним поверењем у *bona fides* сауговорача. Ипак, чак и овде, где је веза између обезбеђеног потраживања и задржане ствари најмања, одређено ограничење постоји – „пословни промет трговаца“.

¹³⁰¹ Видети: чл. 72 ст. 1 ЗООХ; чл. 261 ст. 1 ОЗС; чл. 293 ст. 1 ЗООЦГ; чл. 275 ст. 1 ЗООМ; чл. 286 ст. 1 ЗООФБиХ и Републике Српске.

¹³⁰² Међутим, аргументација да је овакво решење у складу са швајцарским, као најмодернијим, којим је први пут «револуционарно» уведено јединствено регулисање грађанског и трговачког промета, овде није применљива. Наиме, чак и швајцарско решење предвиђа услов конекситета за настанак ретенције у обема сферама промета, правећи само дистинкцију у погледу домашаја ограничења ретенције условом конекситета. Тако, нетрговцима се признаје ретенција увек када је «потраживање по својој природи у *некаквој вези са предметом ретенције*»; а трговцима, увек када «државина ствари и потраживање *проистичу из међусобног пословног промета трговаца*». Дакле, упркос начелно јединственом регулисању грађанске и трговачке ретенције, швајцарско решење ипак, на овај начин, посредно признаје извесне разлике у потребама странака у овим двема, врло различитим сферама правног промета. О разлици о услову конекситета у овим двема сферама: Р., Tuor, В., Sshnyder, Ј., Schmidt, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich, 1995., стр. 887; К., Ofinger, *op. cit.*, стр. 372-379.

¹³⁰³ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 281.

¹³⁰⁴ У домаћем праву овај модалитет ретенције је регулисан у чл. 38 ст. 7 ЗОСПО.

гост унео у објекат, а у циљу наплате потраживања, тј. цене смештаја и других угоститељских услуга (правни конекситет)¹³⁰⁵.

Међутим, претежни део стране доктрине (француске, италијанске, немачке и аустријске) сматра да је управо услов конекситета - оправдање за настанак ретенције, а нарочито у односима између нетрговаца. Тако, по оцени ових аутора, док привредно-економски конекситет увек постоји у сфери трговачког промета, који одликује низ сукцесивних, често истоврсних послова између истих трговаца, дотле је та узајамност (конекситет) у сфери грађанског промета у законима који не траже услов конекситета вештачки «натегнута». Чињеница да један нетрговац ретинира ствар другог нетрговца, која се код њега нашла по неком сасвим другом основу (без било какве везе са његовим потраживањем), по ставу тог дела доктрине - није довољна за конструисање везе између два лица и два различита дуга. Наиме, аргументација ових аутора је да трговце повезује континуитет трговачких трансакција, док нетрговци немају никакав просторно-временско-правно-економски континуитет у вршењу одређених дужничко-поверилачких односа. Они спонтано постају странке одређених грађанскоправних односа, те приватно вршење правде, у њиховом случају - треба додатно оправдати. Из тог разлога, све остале регулативе из нашег узорка то чине инсистирањем на постојању конекситета, било које врсте.

Са друге стране, управо претходно наведени разлог, чини ретенцију између нетрговаца иницијално теже доступном - јер нема континуитета у њиховим односима; они теже долазе у посед дужникових ствари, јер за разлику од трговаца, не послују са њим стално. Увођење услова конекситета у чињенични скуп за настанак ретенције, нетрговцима би свакако додатно отежало заснивање ретенције. А имајући у виду чињеницу да се ретенција у пракси ионако не заснива често, увођење услова конекситета би је додатно редуковало, а интересе повериоца оставило незаштићеним.

2.1. Критички осврт на решења држава које не познају услов конекситета

Разлог опредељења домаћег законотворца да се конекситет елиминише као предуслов ретенције, по нашем мишљењу је настојање да се максимално заштити интерес повериоца у ситуацији: било ког угроженог потраживања; омогућавајући задржавање било које дужникове ствари; стечене по било ком основу, ако се њеним

¹³⁰⁵ У домаћем праву: чл. 728 ЗОО

неиздавањем може постићи циљ – намирење дугованог. Нека општа идеја, која би могла представљати оправдање овако широко дозвољене ретенције је правичност, оличена кроз општи принцип римског права *do ut des*.

Начело процесне економије такође оправдава задржавање дужникове ствари, чији је посед стечен по било ком основу, макар и невезано за настанак обезбеђеног потраживања. Избегавање конекситета је свакако практично, али је питање са друге стране, колико је коначан исход правичан. Поготово у регулативама које ретенцију оснажују овлашћењем намирења из вредности задржаване ствари.

Ипак, у доктрини¹³⁰⁶ се углавном разматрају позитивни аспекти избацивања услова конекситета из конструкције ретенције, па се у том контексту најчешће наводе следећи аргументи¹³⁰⁷: 1) модернизација института ретенције захтева све слободније тумачење, а потом и елиминисање овог услова¹³⁰⁸; 2) инсистирање на конекситету доводи до „окоштавања института“;¹³⁰⁹ 3) циљ института је стално проширење домаћаја његове примене (према што већем броју субјеката и према што ширем кругу потраживања), без ограничења¹³¹⁰; 4) услов конекситета је нужан у регулативама казуистичког типа, које немају законски општи појам права ретенције; и 5) потреба за усклађивањем са концептом трговачке ретенције.

Наравно, могуће је и контрарагументовати претходно наведена преимућства решења које елиминиса конекситет као предуслов ретенције, па ћемо након њиховог изношења покушати да утврдимо које решење има више оправдања за будуће српско право: са или без услова конекситета.

1. Тачно је да је модернизација института ретенције нужна, али она не мора значити укидање, већ и слободније тумачење или шире постављање услова конекситета. Пример за то је швајцарска регулатива, која овај услов конципира

¹³⁰⁶ О аргументима у прилог потпуног елиминисања услова конекситета видети: R., Logenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis), nav. delo*, str. 81-87; S., Petrić, *nav. delo*, str. 282-283.

¹³⁰⁷ У француској доктрини се тако може наићи на усамљено гледиште двојице аутора да је конекситет у овој регулативи потребно елиминисати по паралели са компензацијом, за коју конекситет узајамних потраживања која се пребијају није предуслов. Међутим, чак ни овај аутор не предлаже усвајање овог правила без одређених изузетака. Видети: Colin, Capitant, *op. cit.*, стр. 783; Bonnetcase, J., *Traité théorique et pratique de droit civil, supplément, tome V, Paris, 1930.*, стр. 664; У домаћој доктрини ову аргументацију подржава: R., Logenc, *nav. delo*, str. 82.

¹³⁰⁸ На модернизацији грађанске ретенције елиминисањем конекситета нарочито инсистира: R., Logenc, *nav. delo*, str. 86; *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, nav. delo*, str. 1278.

¹³⁰⁹ Истиче се да су настанак ретенције и њена еволуција нужно подразумевали конекситет, али који се сада чини „превазиђеном“ категоријом.

¹³¹⁰ Аутор даје предлог елиминисања услова конекситета *de lege ferenda*, али имајући у виду њено слабије дејство.

„најслободније“, али не одустаје од „природне везе“ између потраживања и ствари, као потврде легитимитета ретенције (и то ни у једној од двеју сфера промета¹³¹¹).

2. „Окоштавање института“ је свакако нежељено, али можда би се могло рећи да оно није изазвано инсистирањем на услову конекситета, већ пре на ригидном тумачењу истог. Правни стандард¹³¹² је техника којом се ово ограничење у упоредном праву (конкретно, у ШГЗ) адекватно поставља, а судији оставља простор да екстензивним тумачењем законску формулацију прилагоди потребама времена и еволуцији ретенције. Са друге стране, могло би се поставити и следеће питање: да ли је нужно уводити услов конекситета, да бисмо се онда широким тумачењем ове везе „ослобађали“ од њега?

3. Циљ института треба да буде изналажење *нових сфера могуће примене*, али не по сваку цену и нарочито *не науштрб базичних начела грађанског права*, попут: начела аутономије воље; правне сигурности; заштите поверења у правном промету; правичности, савесности и поштења; сразмерне заштите интереса странака и сл. А све су ово начела која вршењем ретенције без услова конекситета, као додатног ограничења, још више бивају доведена у питање. Са друге стране, морамо приметити да су нека од ових начела већ самим постојањем ретенције доведена у питање, тако да се не може тврдити да је услов конекситета баш тај који та начела додатно анулира. Тврдња да начело савесности и поштења коригује у довољној мери прешироко ретинирање у пракси, замењујући услов конекситета у домаћим условима¹³¹³, јесте тачна, али не сасвим.¹³¹⁴ Коначно, свакако нам се чини претераном тврдња неких аутора да омогућавањем повериоцу да вршењем приватне правде, кроз самозаштиту повеже два сасвим различита потраживања и дуга, те једно реализује посредством другог и то самоиницијативно, против воље друге стране, без учешћа суда, може бити опасно по правну сигурност. Ради се о аргументу који се не тиче стриктно конекситета, већ и ретенције као такве – које се свакако не можемо одрећи.

Ипак, наведена аргументација није довољна за закључак да увођење услова конекситета нужно доприноси „бољем имицу“ ретенције. По нашем мишљењу, акценат

¹³¹¹ Ипак, трговачку ретенцију ШГЗ још шире дозвољава, јер за њу не захтева чак ни постојање „природне унутрашње везе“ између потраживања и задржане ствари, већ сматра довољном везу „која проистиче из узајамног пословања трговаца“.

¹³¹² „Природна веза“ између потраживања и задржаване ствари је пример довољно широког тумачења, које сразмерно штити интересе страна у колизији. Осим тога, добар пример за екстензивно тумачење института је немачко право, чија се релативно строга законска формулација конекситета тумачи широко, у складу са савременим потребама.

¹³¹³ Cf. S., Petrić, *nav. delo*, str. 283.

¹³¹⁴ Да је то довољно, чини се да ни ретенција не би еволуирала из општег приговора *exceptio doli*, већ би сваки случај задржавања туђе ствари био решаван *ad hoc*, сходно општим начелима: правичности и савесности и поштења.

је на намирењу конкретног потраживања – због тога ретенција и постоји. Предмет који се задржава није толико значајан, тј. то може бити било која ствар, ако омогућава намирење повериоца из њене вредности. Коначно, ретенција није институт коме је циљ обезбеђење сразмерне заштите интереса повериоца и дужника, већ служи за заштиту интереса повериоца. А услови који су предвиђени законом треба само да каналишу настанак ретенције у смислу да: ствар није отета; да није задржана противно моралу и добрим обичајима; да није у питању недоследно потраживање (јер онда нема ни потребе за вршењем ретенције) и сл. Дакле, у питању је минимум услова, а конекситет не улази у тај минимум, јер сувише кочи грађанску ретенцију. Коначно, ретенција у пракси скоро да више и не би била могућа, ако би се инсистирало на конекситету.

4. Четврти по реду наведени аргумент, такође се може критиковати: тврдња да казуистичке регулативе ретенције (данас је то само италијанска) инсистирају на услову конекситета, јер немају општи законски појам ретенције, не стоји. Два су разлога: а) и регулативе са општим појмом ретенције такође инсистирају на услову конекситета¹³¹⁵; и б) нова француска регулатива ретенције (након реформе 2006. и 2008. год.) уводи по први пут општи законски појам ретенције,¹³¹⁶ а притом и даље инсистира на услову конекситета. Ипак, реч је о „статистичком“ запажању, везаном више за правну традицију одређених земаља, него о суштинском аргументу за услов конекситета.

5. Коначно, пети по реду и последњи аргумент, претходно наведен у прилог елиминисања услова конекситета, је најдискутабилнији. По једнима, трговцима би услов конекситета био само сметња у брзом, ефикасном решавању дужничко-поверилачких односа, а нетрговцима он може представљати користан коректив легитимне примене ретенције, редуковане на ситуације постојања извесне правне везе између потраживања и задржаване ствари. По другима, треба подједнако заштитити интересе сваког повериоца ненамиреног доспелог потраживања независно од професије којом се бави, па зато нема разлога за фаворизовање трговца укидањем услова конекситета, што је заиста логичан став.

II Услов конекситета у домаћој регулативи *de lege ferenda*

Из свега претходно наведеног, закључује се да има доста аргумената и за и против услова конекситета у нашем будућем праву.

¹³¹⁵ Овде спадају регулативе: АГЗ, НГЗ и ШГЗ.

¹³¹⁶ Видети: чл. 2286 ФГЗ

1. Један правац размишљања је да би требало поново увести услов конекситета у чињенични скуп за конституисање ретенције, што има и неколико додатних оправдања у домаћим условима: 1) то би значило враћање домаћој правној традицији;¹³¹⁷ 2) тиме би се доследније „испратио“ модел ШГЗ који је био узор творцу ЗОО; и 3) тиме би се домаће решење хармонизовало са европским регулативама са најдужом и најзначајнијом правном традицијом,¹³¹⁸ јер доминантни модел регулатива ретенције, подразумева услов конекситета, као легитимни коректив домашаја грађанске ретенције. Притом би можда било целисходно да се уведе услов конекситета, али на различите начине за трговачку и грађанску ретенцију, што би подразумевало: 1) привредно-економски конекситет (или чак потпуну елиминацију овог услова) за трговачку ретенцију; и 2) увођење услова конекситета у смислу тзв. „природне везе“ швајцарског права, као предуслова грађанскоправне ретенције, уз могућност уговарања супротног: одсуства конекситета у датом случају.

Ипак, овакво решење по логици ствари, заступају државе које одвојено регулишу грађанску и трговачку ретенцију, а пошто то није опредељење српског законодавца (како у домаћем позитивном праву, тако и у предлозима будућег) ово може бити разлог за одбацивање таквог приступа. Чињеница је да је одређени број држава из нашег узорка одбацио услов конекситета, као и домаћи ЗОО, али и ДЦФР, са којим поједина национална решења треба ускладити.

2. Друга опција би била да се задржи досадашње решење (заснивање ретенције без услова конекситета), али уз корекцију предвиђену Нацртом из 2011. (о чему ће у даљем тексту бити речи), што би можда било и најбоље, јер значи мање промена устаљеног решења и јер би враћање услова конекситета могло да се схвати и као корак уназад. Осим тога, у делу доктрине се налази на оцену да је разлог инсистирања појединих законодаваца на услову конекситета - изостанак опште норме, којом би се елиминисала потреба за условљавање ретенције конекситетом. С обзиром да домаће позитивно право, као и предлог будућег, садржи општу норму о ретенцији, ово је разлог више за регулативу ретенције без услова конекситета.

Наиме, Нацртом ГЗС¹³¹⁹ ово питање је регулисано на идентичан начин као и у ЗОО. Конекситет као услов се не помиње, па недвосмислено закључујемо да он није нужен за настанак ретенције. То значи да ће поверилац моћи да ретинира сваку

¹³¹⁷ Све до доношења ЗОО у домаћем праву је било обавезно постојање конекситета као предуслова настанка цивилне ретенције.

¹³¹⁸ У питању су регулативе: АГЗ; НГЗ; ШГЗ; ФГЗ и ИГЗ.

¹³¹⁹ Упоредити: чл. 477 Нацрта ГЗС и чл. 286 ст. 1 ЗОО

дужникову ствар која му се нађе у поседу, по било ком правном основу, дакле, независно од извора обезбеђеног потраживања.¹³²⁰

Са друге стране, решењем Нацрта из 2011.¹³²¹ је експлицитно прецизирано да услов конекситета није део чињеничног скупа потребног за настанка ретенције. Оваквим решењем постављено је правило, а уједно дозвољен и изузетак: правило је ретенција *ex lege* без конекситета; а изузетак је уговорени конекситет (код тзв. конвенционалне ретенције). Као помак у наведеном законском предлогу можемо оценити управо конципирање уговорне ретенције, конкретно уговореног конекситета, као могућности за сауговораче, у циљу евентуалне додатне заштите интереса дужника (као ретенцијом погођене стране).

Кључни аргумент за приступ који не захтева постојање конекситета, по нашем мишљењу је тај да је поверилац увек поверилац, било да је трговац или не, а у оба случаја је његово потраживање угрожено. Осим тога, аргумент да конекситет штити дужника-нетрговца, у циљу постизања сразмере у заштити интереса повериоца и дужника, није сасвим на месту. Наиме, те сразмере у заштити интереса двеју страна у грађанскоправном односу овде нема, будући да није реч о двама странама чији *bona fides praestare* треба додатно штитити. Интерес дужника не треба додатно штитити увођењем нових услова, који ће отежати заснивање ретенције, јер дужник је „крив“, тј. сам је себе довео у такву позицију, јер није намирио дуг о доспелости. Ретенција представља средство заштите повериоца и успостављања равнотеже коју је претходно дужник пореметио. А услови служе само спречавању противправног при заснивању ретенције, а не додатној заштити дужника, јер већ сама идеја прихватања ретенције значи да смо се *a priori* определили за заштиту повериоца. Што је та заштита боља и ефикаснија, то је ретенција боље конципирана - па је то мерило њене сврсисходности.

¹³²⁰ Логичким тумачењем *argumentum ad maiori a minus*, ако је дозвољена ретенција без конекситета, свакако је дозвољена и ретенција у случајевима када правна веза постоји.

¹³²¹ Чл. 522 ст. 4 Нацрта из 2011. : „Задржалац има право задржања дужникове ствари, односно хартије од вредности без обзира на то да ли је она повезана са правним односом из кога је настало потраживање, ако није друкчије уговорено.“

ОДЕЉАК 6
ПРОТИВЗАХТЕВ ПРОТИВНИКА РЕТЕНЦИЈЕ И ОБАВЕШТЕЊЕ ДУЖНИКА КАО
МОГУЋИ УСЛОВИ РЕТЕНЦИЈЕ

I Противзахтев противника ретенције као могући услов ретенције

У делу доктрине се истиче да, уз све претходно наведене, мора постојати још један специфичан услов за настанак ретенције, а то је узајамност, односно противзахтев противника ретенције.

На овом месту је неопходно претходно разграничити три ствари: 1) да ли се мисли на истицање или постојање противзахтева; 2) шта је садржина противзахтева; и 3) какви су ефекти истакнутог противзахтева.

1. Постојање или истицање противзахтева? Ако се мисли на постојање противзахтева, са следећом садржином: захтевати повраћај своје ствари, онда овај услов мора постојати. Ако дужник нема право на задржану ствар (није власник), по основу ког може ствар тражити натраг – нема ретенције, јер ствар коју ретинент држи није у својини дужника (реч је о неиспуњености једног посебног услова, који се овде «уклапа» у други услов, противзахтев за повраћај), па је дужник и не може тражити натраг, јер нема противзахтева. С обзиром на чињеницу да се у немачком концепту ретенција схвата као задржавање чинидбе на предају ствари (задржавање извршења дужниковог потраживања, тј. чинидбе), а не ствари - онда противник ретенције увек мора имати противзахтев из тог потраживања, са садржином: тражења повраћаја своје ствари.

Дакле, противзахтев дужника према ретиненту увек *мора објективно постојати*: било на повраћај своје ствари (својина је повређена одузимањем државине, па тај захтев ретинент приговором блокира); било као потраживање дужника према повериоцу из другог основа (а такав је случај у НГЗ, где је чинидба објекат ретенције).

Са друге стране, ако се противзахтев схвати у смислу да он свакако постоји, али да је спорно питање: да ли је нужно истаћи га за настанак ретенције, онда су могућа и даља разматрања ове проблематике. У том смислу, чини се да није нужно формално истаћи противзахтев да би ретенција настала, међутим у доктрини постоје и супротна схватања, која ћемо на овом месту анализирати.

2. *Значење истакнутог противзахтева.* Као посебан услов за настанак ретенције у неким правним системима истиче се и адекватан противзахтев противника ретенције: власника задржане ствари или пак његовог универзалног или сингуларног сукцесора. Реч је о услову који доктрина по правилу не истиче као особен, вероватно га подразумевајући (ако се схвати само као постојање),¹³²² али ситуација је другачија у немачкој правној теорији.

Наиме, све до истицања захтева противника, право ретенције повериоца је, сматрају неки аутори¹³²³, тек латентно, у посебном правном стању (тј. у настајању). До тог момента поверилац туђу ствар, по неком основу просто држи. Основна премиса *задржавања* је, по њиховом схватању, *истицање захтева* за предајом ствари од стране дужника-власника, јер без тражене испоруке ствари, ретенција не би имала смисла: то би било *само држање; не и задржавање*. Чак и када постоје све остале претпоставке за ретенцију, она се *не може вршити неумерено*, већ само против одређеног лица, које захтева повраћај задржаване ствари.¹³²⁴

Немачка доктрина¹³²⁵ је заслужна за истицање релевантности овог елемента унутар чињеничног скупа за настанак ретенције. Наиме, ови аутори говоре о нужном постојању *два пуноважна конфронтирана захтева* лица која се појављују узајамно у улози повериоца и дужника.¹³²⁶ Очигледно, мора постојати и адекватно противпотраживање на предају задржаване ствари, јер у противном ретенција не би могла да настане и да буде *вршена*.¹³²⁷

Дакле, по схватању немачке доктрине, ретенција не само да се не врши, већ *ни не настаје* пре истицања конфронтираног захтева друге стране у овом грађанскоправном односу. Међутим, овај елемент иако је логичан, није нужан. Може се поставити питање: да ли је ретенција без тога немогућа? Одговор је да није.

¹³²² Видети: С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 68.

¹³²³ А., Breuer, *Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*, 1904., *op. cit.*, стр. 18-19.

¹³²⁴ Притом, захтев противника ретенције може бити: стварноправне, облигационоправне, наследноправне природе (чак и породичноправне), али да би био *прихватљив*, он по нашем мишљењу, мора да задовољи извесне квалитете: 1) да је постојећи и пуноважан; 2) доспео; 3) формално или фактички истакнут (судски или вансудски).

¹³²⁵ *Ibid.*

¹³²⁶ “*The secured creditor must be entitled as against the owner to retain possession of an asset as security for a right to performance.*“ С. Von Bar, E. Clive, *op. cit.*, стр. 5447.

¹³²⁷ Међутим, ово питање је могуће поставити и у контексту *различитог временског тренутка настанка и вршења (дејства) ретенције*. Право ретенције настаје у једном тренутку, а врши се у другом, тако што се истиче као *противправо* конкретном опоненту – лицу које је затражило повраћај ствари. Више о томе: L., Guillouard, *op. cit.*, стр. 433. Тако, чини се да је могуће разграничити два временска тренутка, релеватна за два аспекта права ретенције: 1) тренутак њеног настанка; и 2) тренутак њеног вршења – као одговор на истакнути противзахтев противника ретенције.

Стога, иако је у НГЗ овај први услов (истицање противзахтева за настанак ретенције) можда логичан због специфичног схватања објекта ретенције, код нас није потребан из више разлога. Заправо, истицање противзахтева се више тиче ефикасности ретенције (њеног вршења), него заснивања. Противзахтев само показује делотворност ретенције: ствар коју је поверилац задржао је «права», погађа интерес дужника, па је зато он тражи натраг. Ипак, овај противзахтев не би требало да буде услов задржавања ретенције, нарочито не код квалификоване ретенције, где следи намирење повериоца након обавештења дужника – хтео то дужник или не, истицао противзахтев за повраћај ствари или не. Чак и код обичне ретенције противзахтев је само «повратна информација» да ли је ретенција «погодила у мету» или не, па ће задржавање бити безуспешно. То је, по нашем мишљењу, кључни аргумент да истицање противзахтева није услов ретенције; јер ако би он био услов, можда га дужник намерно не би истицао – у циљу да спречи настанак ретенције.

Коначно, можда се дужник прећутно слаже са ретенцијом, па зато ствар не тражи натраг и онда та ситуација мало подсећа на уговор о ретенцији или пак, на залогу (а разграничење између уговорне ретенције и залоге је вероватно могуће направити само у случају да је у њему употребљена реч ретенција).

3. *Ефекти истакнутог противзахтева.* Што се тиче ефекта истакнутог противзахтева, ретинент га може обеснажити приговором ретенције. Обавеза ретинента на повраћај ствари не постоји све док дужник не намири потраживање. Тек тада ретинент има обавезу која чини садржину ретенције, да попут залогодавца ствар врати дужнику-власнику. Ако дужник не намири потраживање или ако се поверилац мора намирити из вредности задржане ствари – противзахтев дужника остаје трајно без ефекта, тј. ретинент никада неће морати задржану ствар да врати.

II Обавештење дужника као могући услов ретенције

Један од ретких домаћих аутора¹³²⁸ који као претпоставку „правног утемељења“ ретенције, уводи као нужно (и логично) још и *формално обавештење дужника* – противника ретенције од стране повериоца да ће ствар задржати („дужник треба да зна да се поверилац користи тим правом, како би евентуално приговорио...“ и „тек од тог тренутка поверилац може рачунати на њено дејство“).

¹³²⁸ Видети: С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 68.

Овај елемент није исто што и противзахтев противника ретенције, већ засебан услов, иако је са претходним у вези: он води ка томе да дужник истакне противзахтев. И заиста, ако је противзахтев услов, онда би требало и обавештење да буде услов – јер нема противзахтева без сазнања дужника о задржавању. Ипак, сматрамо да овај услов не би требало постављати, а свакако не императивно, већ можда као *lex imperfecta*, у смислу да би било пожељно да поверилац обавести дужника о задржавању, јер то свакако „убрзава“ развој догађаја. Ипак дужничково тражење ствари назад није неопходно – јер је намирeње повериоца могуће и без тога, а оно је циљ. Пре отпочињања намирења обавештење дужника у том смислу је у сваком случају нужно (што закон изричито и прописује), али то свакако није исто што и обавештење као услов настанка ретенције.

ОДЕЉАК 7 УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ У ДЦФР-у

У ДЦФР-у су услови за заснивање ретенције формулисани на општи начин, кроз опште елементе који морају постојати за конституисање сваког од три могућа средства реалног обезбеђења потраживања које ДЦФР уређује, па и ретенције. Тако, и за настанак ретенције, право задржане својине, као и за залогу сваке врсте, опште правило је следеће¹³²⁹: 1) обезбеђени поверилац мора бити овлашћен на ретенцију против власника задржане ствари (свог дужника); 2) мора да постоји телесна ствар и то искључиво покретна,¹³³⁰ као објекат реалног обезбеђења; 3) ствар мора бити преносива, правно прецизније - право на ствари мора бити у правном промету; 4) мора постојати пуноважно потраживање, као предмет обезбеђења; и 5) морају постојати и допунски услови, за свако од ових права обезбеђења.

Иако се у ДЦФР непосредно не прецизирају појединачни услови за настанак ретенције (што је препуштено националним регулативама држава чланица), поједини услови су ипак задати на општи начин и то: 1) услови у вези са обезбеђеним потраживањем: а) обезбеђено право мора постојати, бити пуноважно; и б) не мора бити новчано, али мора бити подобно за изражавање у новцу (да има свој новчани еквивалент);¹³³¹ 2) услови у вези са ствари: ствар мора бити телесна, покретна и преносива. Остаје питање мора ли ствар нужно да буде дужникова (односно, настаје ли ретенција ако се задржава ствар у својини трећег лица)? Коментатори ДЦФР-а истичу да ово питање није разјашњено, али да се експлицитно у тексту истиче да је дејство ретенције уперено против власника ствари. Због тога, исти аутори истичу да *није могуће стицање ретенције по правилима о стицању стварних права од невласника*.¹³³²

Коначно, ретенција је поседовно право обезбеђења, које фактичком влашћу ретиниране ствари реализује публицитет и дејство према трећима. Ипак, захтев за поседом је ублажен чињеницом да државина ретинента може бити и посредна. Овим је решење ДЦФР-а усклађено са савременим, тзв. објективним концептом државине, који

¹³²⁹ DCFR, IX. – 2:102

¹³³⁰ О правима реалног обезбеђења потраживања на покретним стварима на нивоу ЕУ и значају хармонизације националних прописа држава чланица видети детаљно код: KIENINGER, E. M., *Security rights in movable property*, Cambridge University Press, 2004., стр. 6-32.

¹³³¹ DCFR, X. – 2:104

¹³³² C. Von Bar, E. Clive, *op. cit.*, стр. 5447.

изједначава непосредан и посредан посед, што можемо оценити као у контексту ретенције компликовано, али шире гледано свакако адекватно решење.

Након излагања о различитим условима потребним за настанак ретенције у домаћем праву, као и у ДЦФР-у, можемо закључити следеће: 1) српско позитивно право, као и будуће (изражено у Нацртима) усклађено је са решењима ДЦФР-а, осим посредне државине и једне врсте објекта ретенције – непокретности. Ипак, када су у питању непокретности, оне нису означене као могући објекат ретенције из разлога што се књига IX ДЦФР-а односи само на реална права обезбеђења на покретним стварима (ретенција, залога и право задржавање својине); и 2) ДЦФР не улази сувише у детаље када су у питању услови настанка ретенције, али је приметно да не тражи много услова за њено конституисање, што значи да ретенцију – широко дозвољава.

Чињеница да: а) нема услова конекситета; б) нема чак ни доспелости потраживања (што је нарочито занимљиво); и в) нема ни захтева за непосредном државином ретиниране ствари, су фактори који максимално олакшавају заснивање ретенције у пракси, што сматрамо сврсисходним.

V ГЛАВА

САДРЖИНА И ДЕЈСТВО ГРАЂАНСКОПРАВНЕ РЕТЕНЦИЈЕ

Након што смо анализирали појам, врсте и услове заснивања ретенције, у овом делу рада ћемо утврдити садржину овог института, а потом и његово дејство. Предмет нашег разматрања ће бити: законски текстови различитих европских земаља (а паралеле ради и појединих англосаксонских регулатива); затим, регулатива ДЦФР-а, која треба да представља начелни оквир и будућег домаћег законског решења; предлози домаћих Нацрта; а коначно, једна од смерница ће нам бити и доктринарни ставови домаћих и страних аутора и решења судска праксе, која се односе на овај сегмент права ретенције.

ОДЕЉАК 1

САДРЖИНА РЕТЕНЦИЈЕ

Садржину ретенције можемо превасходно одредити кроз овлашћења и обавезе која су титулару овог права законом призната, како у домаћем, тако и у упоредном праву. Будући да управо законом призната овлашћења одређују дејство ретенције, како према дужнику, тако и према трећим лицима, потребно је свако од њих анализирати, пре коначног утврђивања правних ефеката вршења ретенције.

Будући да је ретенција право које се у квалификованом облику реализује кроз две фазе: 1) *фаза притиска на дужника* и 2) *фаза намирења*, права и обавезе странака у односу насталом поводом њеног вршења можемо поделити на две групе.¹³³³ Прву чине узајамна овлашћења и обавезе ретинента и противника ретенције у фази задржавања (вршења притиска на дужника да дуг намири), а другу групу чине овлашћења и обавезе странака у фази намирења. Притом, с обзиром на уже дејство које се грађанскоправној ретенцији признаје у појединим регулативама (искључиво средство притиска), овлашћења и обавезе из друге по реду фазе, у тим регулативама изостају. Стога је могући критеријум разграничења овлашћења и обавеза ретинента и на: 1) *увек*

¹³³³ У домаћој доктрини се садржина ретенције уобичајено описује кроз два базична овлашћења ретинента: задржавање и намирење. Видети: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 265. Међутим, свако од њих се може рашчланити на уже компоненте.

постојеће (овлашћења из фазе притиска на дужника) и 2) *допунске, тј. евентуалне* (овлашћења и обавезе из фазе намирења).

Шире гледано, задржавање ствари и намирење из њене вредности такође су овлашћења ретенента, која бисмо могли назвати главним, а остала повезана овлашћења и обавезе споредним, условно речено. Наведена садржина ретенције, која је донекле слична садржини државинских заложних права, навела је неке ауторе на закључак да је и код ретенције, као и код ручне залогe, могуће говорити о статичној и динамичној фази реализације. Тако они задржавање, односно фазу притиска на дужника да добровољно намири потраживање, називају статичном фазом ретенције, а фазу намирења – динамичном.

Ми бисмо се, међутим, придружили ауторима¹³³⁴ који критикују наведено поистовећивање, јер је оно прихватљиво само за фазу намирења, која и код ретенције и код заложног права има исте одлике. Ретенција, међутим, нема оно што се означава статичном фазом заложног права, јер се околности фазе задржавања разликују од статичне фазе заложног права, иако обе представљају неку врсту притиска на дужника да намири потраживање. Статичну фазу заложног права карактерише недоследност потраживања и претпоставка да ће га дужник намирити када дође време, док је заложно право само упозорење шта се може десити ако он то не учини.

Фазу задржавања ствари код ретенције, међутим, одликује доспело потраживање и извесност да га дужник неће намирити, па ова фаза ретенције, будући да се ствар задржава независно од воље дужника, већ представља неку врсту акције и „динамике“ - јер дужник не може држати ни користити ствар и ако би хтео. Ова фаза би се зато код ретенције већ могла назвати: *динамиком мањег степена од наредне*. Притисак на дужника да намири потраживање је знатно интензивнији, јер се ствар у ретенентовој државини не налази вољом дужника (као код заложног права), него против или бар независно од ње.

Због наведене разлике, ми ћемо даље у тексту, уместо термина статична и динамична фаза, користити термине: фаза притиска (задржавања) и фаза намирења.

¹³³⁴ У делу домаће доктрине се прецизира да ретенција која настаје тек по доспелости обезбеђеног потраживања, у ствари и нема праву фазу обезбеђења, због чега су статична фаза код залогe и прва фаза (фаза притиска) код ретенције тешко упоредиве. Видети: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 167. Више о статичној и динамичној фази код неких сродних права реалног обезбеђења потраживања (конкретно, хипотеке као заложног права на непокретности) видети: М., Лазић, *Садржина хипотеке, нав. дело*, стр. 41 и даље.

I Овлашћења и обавезе ретинента у фази задржавања (вршења притиска на дужника)

1. Овлашћења ретинента

1. *Овлашћење задржавања ствари*¹³³⁵ је основна и најважнија позитивна компонента ретенције.¹³³⁶ У првој фази¹³³⁷ ретинент је овлашћен,¹³³⁸ пре свега, на државину ствари, која је објекат ретенције и то по правилу – непосредну (понегде и посредну). Будући да овлашћење задржавања ствари произлази из закона, то значи да је законом признато и право на државину, које прати саму фактичку власт на ствари. Нужно је дакле, да ретинент буде овлашћен на државину, јер је то (позитивна) садржина ретенције, као субјективног грађанског права, по самом закону. У том смислу, можемо рећи да постоји идентитет између: овлашћења на државину ретинираних ствари и овлашћења на задржавање првобитно држане ствари.

Неки аутори као негативну компоненту ретенције наводе и (негативно) овлашћење на одбијање издавања ствари на захтев дужника или трећег лица, што је неспорно; али је, по нашем мишљењу, само «друга страна медаље» - овлашћења на државину, тј. права на државину, које непосредно произлази из закона. Наиме, ако ретинент има право да ствар држи по основу ретенције, он има и право на одбијање предаје државине ствари било коме (ако то не жели), као и право на заштиту државине, ако му је неко одузме или смета против воље.

Дакле, *основно* овлашћење ретинента у фази притиска је: *овлашћење на државину ствари* (као позитивна компонента задржавања), уз које иде и право на државинску заштиту (јер право на државину укључује и право да се државина никоме

¹³³⁵ У домаћој доктрини је чак изнет и став да су право на државину и право задржавања саставни делови сложенијег права – залог. Аутор свој став аргументује тврдњом да „*право ретенције залогопримац има од самог почетка* јер је према чл. 975 ст. 2 дужан да врати ствар чим дуг буде намирен“. Видети: Z., Rašović, *Zalogoprimevo pravo na državinu i pravo retencije*, Sudska praksa, Beograd, 1992., стр. 93. Нама се ипак чини да није оправдано доводи ретенцију и заложно право у овакав однос, када је реч о два особена института која настају под битно различитим околностима. Чини се да је право на државину, уже овлашћење, притом садржано и у праву ретенције и у праву залог. Утолико је важно прецизно језичко разграничења сличних, а различитих појмова: право ретенције, овлашћење задржавања и овлашћење на државину (као једно саставно овлашћење у оквиру садржине ретенције).

¹³³⁶ О праву на државину ретинента нарочито се полемисе у немачкој доктрини. Видети: Staudinger Gursky, *op. cit.*, стр. 171; Cf. H., Westermann, *op. cit.*, стр. 139.

¹³³⁷ Поједина овлашћења ретинента морамо означити као могућа, будући да је реч о институту који је упоредноправно различито регулисан.

¹³³⁸ Иако је у домаћој доктрини готово општеприхваћен назив: *право* на одбијање повраћаја (за задржавање туђе ствари); *право* намирења; *право* првенства и сл., ми ћемо у раду ипак користити термин – *овлашћење*, будући да је правнотехнички исправнији. Cf. „о правима залогопримца“: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 248-254.

не да), што је у ДЦФР-у оправдано издвојено као примарно овлашћење титулара овог права. Притом, о овом овлашћењу, које је истовремено и овлашћење и услов ретенције, посредно је било речи и у делу рада о државини; мада је ту акценат био на својствима која државина мора имати при почетном прибављању од стране ретинента, док је овде реч о државини, као саставном овлашћењу субјективног права ретенције.

2. *Овлашћење на одбијање захтева за издавање ствари.*¹³³⁹ Иако је неспорно у свим регулативама¹³⁴⁰, кроз историју и данас, да ретенција независно од домашаја који јој је у појединим регулативама признат има традиционално дејство, које и доктрина константно апострофира, тј. да је она: «моћ блокирања» захтева за предају ствари по било ком основу. По нашем мишљењу, питање је да ли је ово засебно, негативно овлашћење ретинента или последица права на државину.¹³⁴¹ Ми смо га ипак навели као засебно овлашћење, имајући у виду то што га значајан део доктрине, али и ДЦФР наводе као посебно. Оно што је важно је да ретинент има овлашћење да одбије захтев за издавање ствари било ког лица, свеједно да ли ћемо га ми квалификовати као засебно овлашћење или као ефекат овлашћења на државину.

Чак и аутори који ретенцију не одређују као субјективно право, већ као факат или средство за заштиту права, не одричу јој «способност» да спречи изручење ствари истицањем дилаторног приговора.¹³⁴² Аутори који је означавају као негативно право редукују је на: «овлашћење на одбијање повраћаја ствари дужнику до исплате дуга».¹³⁴³ У делу француске доктрине се тако закључује да је ретенција негативно овлашћење које „не садржи ниједан позитиван прерогатив“ – што је већ због овлашћења држања ствари, које је позитивно, проблематичан став. Тако се поставља занимљива теза да: ретенција, посматрано из угла ретинента, чак доноси више обавеза, него права. Од ретинента се очекује да чува ствар брижљиво, јер се његова грешка строго оцењује *in concreto*; а са друге стране, забрањена му је било каква корист од факта задржавања, те

¹³³⁹ Доктрина га одређује као *право повериоца да каже «не»* на захтев дужника за повраћај његове ствари, тј. као право на „леgitимно одбијање повраћаја ствари“. М., Planiol, *op. cit.*, str. 777.

¹³⁴⁰ Чак и у англосаксонском праву, које познаје битно другачији систем права обезбеђења потраживања на дужниковој ствари, право на задржавање ствари, тј. на неиздавање дужнику на његов захтев, одлика је свих државинских *lien-a* (*possessory lien-a*). Ово основно овлашћење негативне садржине заједничко је свим модалитетима *lien-a* с основном разликом у следећем: пасивни *lien* садржи само ово овлашћење за *lienor-a*; док тзв. активни *lien* титулара овлашћује и на намирење из вредности дужникове ствари. Поступак продаје ствари оптерећене законским државинским *lien-om* детаљно уређују следећи прописи: UCC Section 7-210; The Inkeeper's Act и др. Више о томе: Lavine, *op. cit.*, str. 611.

¹³⁴¹ Ово је разлог што се у домаћој доктрини овлашћење задржавања општеприхваћено означава као „првобитни и основни циљ ретенције, због ког се ово право установљава“. Р., Ковачевић Куштримовић, М., Лазих, *Стварно право, нав. дело*, стр. 247. М., Лазих, *Право реалног обезбеђења, нав. дело*, стр. 94.

¹³⁴² Видети: М., Planiol, *op. cit.*, str. 774; G., Marty, P., Raynaud, *op. cit.*, str. 12; S., Cigoj, *Obligacije, нав. дело*, str. 1023.

¹³⁴³ Видети: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, str. 31.

га ретенција не овлашћује ни на првенствено намирење, нити му обезбеђује право следовања. Стога, ова ауторка закључује да: „ретенција црпи сву своју снагу из чисто пасивног понашања ретинента“.¹³⁴⁴ Притом, се слажемо са оценом о пасивном понашању ретинента, јер ретенција не спада међу права коришћења ствари; али то не значи да ретинент нема позитивних овлашћења, јер државина то јесте.

Вршењем ове негативне компоненте садржине ретенције, сматра се, њен титулар остварује притисак на дужника да дуг што пре измири, како би своју ствар повратио. Он тиме ни на који начин не оспорава дужничково право на тој ствари, нити претендује да је прибави за себе.¹³⁴⁵ Он само «привремено» одбија њен повраћај, ускраћујући тиме дужника да ствар држи, употребљава и евентуално, остварује економску корист од ње. Али, да би ускратио повраћај ствари - ретинент најпре мора да је држи, што потврђује нашу тезу о овлашћењу на одбијање повраћаја као последици државине. Независно од тога да ли ћемо одбијање повраћаја третирати као засебно овлашћење или као последицу и ефекат овлашћења на државину - у сваком случају, ретинент тиме врши психички, економски, правни притисак на дужника да дуг што пре измири. Међутим, ефикасност овог средства принуде зависи од више околности¹³⁴⁶: 1) колико је дужнику стало до повраћаја ретиниране ствари¹³⁴⁷; 2) од вредности задржане ствари; и 3) од висине трошкова чувања и одржавања ствари, као и ризика од евентуалног погоршања или пропасти ствари током ретенције.¹³⁴⁸

Начин реализације овог овлашћења може бити двојак: 1) *судски* и 2) *вансудски*. Први начин је чешћи и подразумева истицање приговора ретенције, као одбрамбеног процесног средства, у форми одговора на стварноправни или облигационоправни захтев за предају ствари у парници. Њен процесни смисао је у одбијању тужбеног захтева у форми дилаторног (одложеног) приговора или противтужбе.¹³⁴⁹

Осим овлашћења на државину ретиниране ствари (позитивно и негативно одређеног), део доктрине наводи још два овлашћења, која нису општеприхваћена и која

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 20.

¹³⁴⁶ У доктрини се оправдано истиче да је могућност утицаја на дужника путем реализације овлашћења задржавања само посредна. А., Frey, *op. cit.*, str. 16.

¹³⁴⁷ Ако је објекат задржавања ствар коју би дужник радије жртвовао него повратио исплатом, онда ће вршење задржавања бити сасвим неефикасно те се шансе повериоца да оствари наплату овим нимало не повећавају (бар не у односу на хирограферне повериоце). О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 265.

¹³⁴⁸ Тако и: С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 68.

¹³⁴⁹ К., Oftinger, *op. cit.*, str. 354; М., Planiol, *op. cit.*, str. 781; Н., Klang, *op. cit.*, str. 366.

су, по нашем мишљењу, спорна, а о чему ће бити речи у даљем тексту. То су: 1) овлашћење на прибирање плодова;¹³⁵⁰ и 2) овлашћење располагања ретенцијом.

3. *Овлашћење на прибирање плодова.* Ово овлашћење неки аутори признају ретиненту, али се сматра спорним у доктрини, будући да ниједним законским текстом није изричито регулисано. Стога ће предмет нашег разматрања у овом смислу бити природни плодови (док су у ДЦФР-у регулисани цивилни плодови). Наиме, прибирање плодова је предвиђено диспозитивном нормом, као део могуће садржине ручне залоге, али не као овлашћење у оквиру законске садржине ретенције. Проблематично је мишљење неких аутора који сматрају да то што ово овлашћење није законом предвиђено за ретенцију, значи да је у питању празнина, коју треба поунити аналогијом са сродним правом, ручном залогом. Сматрамо да није реч о правној празнини, већ само о посебном овлашћењу титулара ручне залоге, али не и ретенције. Заправо, само за начин намирења ретинента се у закону упућује на правила о намирењу заложног повериоца, а не и за остале сегменте института. Мишљења смо да се овлашћење на прибирање плодова може уговорити, али то је онда уговорна, а не законска садржина ретенције.¹³⁵¹

Нама се чини да је уговарање овог овлашћења ретиненту двоструко корисно: 1) ретиненту даје бенефит, имовинску корист од ретиниране ствари; а истовремено 2) дужнику се пропорционално смањује дуг.

4. *Овлашћење располагања правом ретенције.* Ово потенцијално овлашћење ретинента се у доктрини такође сматра спорним. Наиме, изван број аутора¹³⁵² сматра да ретинент није овлашћен да располаже ретенцијом ни самостално, нити заједно са обезбеђеним потраживањем. Аргументација ових аутора је нераскидивост ретенције од поседа ствари: чим се непосредни посед ствари (трајно) изгуби престаје и ово право, будући да није погодно за правни промет. Тако се закључује да „не постоји акцесорност ретенције у припадању“, будући да се „цесијом обезбеђеног потраживања ретенција не преноси аутоматски на цесионара“.¹³⁵³ Оцена ове прве групе аутора је дакле, да сврси и

¹³⁵⁰ Тако и: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 168.

¹³⁵¹ Аналогно праву заложног повериоца да прибира плодове са заложене ствари, како сматрају неки аутори, могуће је извести и ово овлашћење ретинента, уз услов одбијања вредности плодова од обезбеђених трошкова, камате и главнице. Тако и: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 168. Насупрот томе, оваква могућност се одриче у бројним регулативама које ретенцију декларишу као строго облигациони институт, који не даје никакве позитивне прерогативе, па тако ни овлашћење на прибирање плодова.

¹³⁵² Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 169. У аустријској доктрини овај став заступају: Н, Koziol, R., Welser, *op. cit.*, стр. 89-90.

¹³⁵³ *Ibid.*

природи ретенције противречи идеја везаног преноса ретенције (предајом ретиниране ствари цесионару-ретиненту) услед „одсуства легитимног правног основа“.

Насупрот томе, други део доктрине,¹³⁵⁴ разматрајући немачко решење, закључује да је овакав пренос могућ, али да пренос потраживања нужно мора да прати и акт фактичке предаје ретиниране ствари новом ретиненту.¹³⁵⁵ Ми бисмо констатовали да овакву могућност дозвољава и правило о односу главног и споредног права - што ретенција свакако јесте. Овлашћење самосталног располагања ретенцијом свакако није могуће, будући да је реч о строго акцесорном праву, неодвојиво повезаном са обезбеђеним потраживањем. Ипак, спорним се у доктрини означава И могућност „везаног“ располагања ретенцијом – уз цесију обезбеђеног потраживања. О овој теми се нарочито расправља у немачкој доктрини.

Ипак и међу домаћим ауторима постоји схватање по ком је овакав пренос дозвољен. Образложење ових аутора је да су и залога и ретенција акцесорна права, која постоје уз обезбеђено потраживање као главно и која: „*могу бити пренета на друго лице само са главним правом коме служе.*“¹³⁵⁶ Ово овлашћење ретинента свакако је неспорно када законодавац једне државе (што код нас није случај) упућује на сходну примену одредаба о садржини заложног права (овлашћења залогопримца) на овлашћења ретинента, као и у државама у којима је допуштена посредна државина ретиниране ствари. Спорно је питање да ли дужник може пристати на предају државине новом повериоцу – што би заправо значило да је реч о новој ретенцији уговорног карактера. Многи аутори предају ствари новом повериоцу не сматрају наставком „старе“ ретенције, већ њеним престанком и успостављањем нове ретенције исте ствари ради обезбеђења истог потраживања, али новог повериоца. Више о овој теми биће речи у делу рада о престанку ретенције.

¹³⁵⁴ S., Branković, *nav. delo*, str. 526.

¹³⁵⁵ Овај аутор истиче да је овакав везани пренос потраживања и ретенције „најсавршенији и најјучљивији“ код хартија од вредности, али да се исто дешава и са другим ретинираним стварима.

¹³⁵⁶ Babić, I., *Založno pravo (Stvarnopravno obezbeđenje potraživanja)*, *Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa*, Novi Sad, 2005., str. 7.

2. Обавезе ретинента

Обавезе ретинента у фази вршења притиска на дужника да намири потраживање су следеће: 1) да чува ствар као добар домаћин (односно, добар привредник); 2) да не употребљава ствар¹³⁵⁷ (осим изузетно, ако је другачије уговорено – што представља конвенционалну, тј. уговорну ретенцију; 3) да врати ствар дужнику по измирењу дуга (чим престане да постоји потраживање као главно право, престаје и ретенција као акцесорно), али и да 4) врати ствар дужнику ако му он претходно пружи друго одговарајуће средство обезбеђења потраживања.¹³⁵⁸

1. *Обавеза чувања ствари са појачаном пажњом.* Државина код ретенције, као и код ручне залогe, титулару истовремено обезбеђује предност – сигурност коју пружа физичка власт на ствари, којом се трећи онемогућавају да заснују фактичку власт на њој; али са друге стране, њена мањкавост јесте – дужност чувања ствари. Ретинент мора ствар да чува и брине о њој са повећаним степеном пажње: као добар домаћин (ако је у питању нетрговац) или као добар привредник (када је у питању ретинент-трговац).¹³⁵⁹ У супротном, он одговара за скривљену пропаст, оштећење¹³⁶⁰ или губитак вредности ствари.¹³⁶¹

2. *Забрана употребе ретиниране ствари.* У домаћој доктрини¹³⁶² је изражен став да ретинент ствар не сме да употребљава. Међутим, ово овлашћење је могуће ако се дужник са тим сагласи, пошто га закон не предвиђа, али и не забрањује. Оно што је извесно је да оно не чини законску садржину ретенције ни у једном правном систему. Насупрот томе, ако се прихвати већински став немачке и дела француске доктрине¹³⁶³, по ком се ретенција редукује на право које подразумева искључиво пасивно понашање

¹³⁵⁷ Ретинент, као и залогопримац, по закону начелно нема право да оптерећену ствар употребљава, али се супротно може уговорити, када се оваква одредба назива – антихреза. *Cf.* Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 20.

¹³⁵⁸ У домаћем праву ова могућност је експлицитно призната у чл. 288 ЗОО.

¹³⁵⁹ Х., Henry et alia, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010., стр. 2248.

¹³⁶⁰ У швајцарској доктрини се нарочито расправља о различитим врстама штете за које ретинент одговара, као што су: штета због неовлашћеног располагања објектом ретенције; штета због непуноважног вршења ретенције; штета због задржавања више ствари, него што је ретиненту заиста било потребно за обезбеђење свог потраживања; штета због одбијања повраћаја ретиниране ствари, након предаје другог средства обезбеђења. Осим наведеног, ретинент одговара и за штету коју могу претрпети трећа лица, а у вези са вршењем ретенције. Више о основима ове одговорности за штету (уговорна и деликтна) видети код: К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 389.

¹³⁶¹ Ретинент неће одговарати за смањење вредности ствари које је последица више силе или радње трећег лица, у складу са општим правилима о грађанској одговорности и преносу ризика. Видети: Bianca, С. М., *Diritto Civile, La Proprietà*, Milano, Giuffrè, 1999., стр. 781.

¹³⁶² R., Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, *нав. дело*, стр. 1278.

¹³⁶³ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 13.

ретинента према ствари, тада је овлашћење употребе (као позитивно – чињење) апсолутно забрањено. Нама се чини да овлашћење употребе ретиниране ствари није у духу института који нема за циљ извлачење било какве користи од ствари.¹³⁶⁴

3. *Обавеза повраћаја ствари дужнику.* Ова обавеза ретинента може бити иницирана двојаким разлозима: а) измирењем потраживања (по престанку главног права, престаје и акцесорно, због чега престаје и право на даље ретинирање ствари); или б) давањем другог одговарајућег средства обезбеђења.¹³⁶⁵ Ова друга ситуација чини се правно интересантном јер: омогућава престанак ретенције (као законом наметнутог средства обезбеђења на ствари, против воље дужника), а истовремено успоставља нови, али сада уговорни однос обезбеђења потраживања (у складу са вољом дужника). *Ratio* овакве одредбе је у могућој потреби дужника да ретинирану ствар хитно поврати, јер за тим има велику потребу; или може бити реч о несразмерно великој вредности ретиниране ствари у односу на вредност обезбеђеног потраживања и сл.¹³⁶⁶ Тако, ово постаје алтернативни (а свакако „привлачан“) начин за дужника да поврати ствар, а без намирења потраживања.

Притом, готово сви законски текстови који предвиђају овакву могућност, одређују то „друго средство обезбеђења“, које замењује ретенцију. Уобичајена формулација је да то друго средство мора бити: „*одговарајуће*“, без даљег прецизирања. Изузетак су НГЗ и АГЗ који су одређенији у овом смислу, будући да изричито искључују обезбеђење јемством (као личним средством обезбеђења).¹³⁶⁷ Са друге стране, ФГЗ и ИГЗ ово питање не уређују експлицитно, те је у тамошњој доктрини спорно. Италијанска доктрина¹³⁶⁸ је сагласна у оцени да положај ретинента у овој ситуацији не треба да буде гори него што је био заснивањем ретенције на дужниковој ствари, а реална обезбеђења сваке врсте се сматрају адекватном заменом.

Међутим, у домаћем праву и другим регулативама које ово не прецизирају, односна норма се различито тумачи у литератури: 1) већи део доктрине сматра могућим свако средство обезбеђења потраживања (јер ниједно није унапред законом

¹³⁶⁴ Н. Koziol, R., Welsner, *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1988., str. 89.

¹³⁶⁵ Видети: чл. 288 ЗОО. Исто правило је предвиђено и у регулативама земаља из нашег окружења (чл. 74 хрватског ЗОО).

¹³⁶⁶ Притом се подразумева да до замене долази само ако дужник није још увек измирио дуг према повериоцу јер након намирења потраживања, аутоматски престаје и основаност задржавања. Тако и: Ј., Čuveljak, *nav. delo*, str. 47.

¹³⁶⁷ Видети: § 273 ст. 3/2 НГЗ и § 471 АГЗ.

¹³⁶⁸ О контраверзама у вези са прихватањем јемства, као личне гаранције у функцији замене ретенције у италијанском праву, видети: L., Mezzanotte, *op. cit.*, 1995., str. 104; Saturno, A., *Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità*, in *Rass. Di dir. Civ.*, 1991., str. 64.

искључено)¹³⁶⁹; док 2) други део доктрине¹³⁷⁰, по аналогији са страним решењима (НГЗ, АГЗ) уско тумачи ову законску одредбу, те јемство оцењује као неадекватну замену. Ми се изјашњавамо у прилог првом ставу, јер остала средства обезбеђења: а) нису искључена законом, дакле, могућа су и б) да ли је средство одговарајуће, зависи од случаја; као и од воље странака.¹³⁷¹ Стога, ма колико се ова могућност чинила „лошим решењем“ по интересе повериоца, који потенцијално губи средство реалног обезбеђења које је дотад имао „у рукама“, ипак нам се чини сврсисходним средством „поравнања“ сукобљених интереса.¹³⁷²

Мишљења смо да није могуће унапред и апстрактно рећи шта је одговарајуће обезбеђење, већ то зависи од околности конкретног случаја. Термин „одговарајуће обезбеђење“ не односи се на врсту обезбеђења и не упућује на искључење било ког средства обезбеђења као *a priori* неадекватног. Реч је о правном стандарду који конкретном садржином у датом случају испуњава суд у ситуацији када дужник и поверилац не могу да постигну споразум, узимајући у обзир различите параметре и околности.

¹³⁶⁹ Аутори који јемство сматрају „odgovarajućim obezbeđenjem“ су: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 168; О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 266; О., Јелчић, *нав. дело*, стр. 95; Ј., Ћувељак, *нав. дело*, стр. 47.

¹³⁷⁰ Д., Стојановић, *нав. дело*, стр. 672 (коментар уз чл. 288 ЗОО). Овај аутор осим јемства искључује и сва остала средства личног обезбеђења потраживања.

¹³⁷¹ Ако суд одлучи о адекватности те замене, цениће све околности случаја, а нарочито: квалитет понуђеног средства обезбеђења, тј. вредност ствари; платежну способност јемца; рејтинг банке која издаје банкарску гаранцију, однос висине обезбеђеног потраживања и вредности ретениране ствари и сл. Тако: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 169. О релевантности висине потраживања и вредности задржане ствари видети: О., Јелчић, *нав. дело*, стр. 95.

¹³⁷² За разлику од НГЗ и АГЗ, који искључују обезбеђење јемцима и другим личним средствима обезбеђења, решење ШГЗ, домаћа регулатива, као и све из нашег окружења не лимитирају врсту дозвољене замене, што сматрамо оправданим, већ једноставно имплицирају да ретенција не сме бити замењена неадекватнијим средством обезбеђења. Интересантно је приметити да немачко решење (које ретенцију одређује као институт облигационе природе) „инсистира“ на искључењу личних средстава обезбеђења (као слабијих), чиме се имплицира да је ретенција институт јачег правног дејства. По нашем мишљењу, треба препустити вољи лица у односу насталом поводом ретенције, да сагласношћу воља, настали однос преобликују. Коначно, правичност је загарантована чињеницом да ће коначну одлуку о овоме, за случај потребе, дати суд, оцењујући „адекватност“ понуђеног заменског обезбеђења.

II Овлашћења и обавезе ретинента у фази намирења

Ова група овлашћења, а сходно томе и обавеза ретинента постоји само у регулативама које познају квалификовану ретенцију.¹³⁷³ Са друге стране, ова овлашћења и обавезе изостају у извесним случајевима и у оним регулативама, које као опште правило нормирају квалификовану ретенцију, а обичну ретенцију као изузетак. Тако, у ШГЗ и у домаћем Нацрту из 2011. непокретности је могуће само задржавати, а не и намирити се из њих, због чега тада, логично, изостају и овлашћења и обавезе које су повезане са *ius distrahendi*.

1. Овлашћења ретинента

Овлашћења ретинента у «динамичној» фази су следећа: 1) овлашћење намирења (уз претходни избор начина намирења: из целокупне имовине дужника или из вредности остварене продајом оптерећене ствари или из оба извора); и 2) првенство.

1. *Овлашћење намирења*. Ово овлашћење се код ретенције уобичајено у доктрини означава као допунско, супсидијарно, накнадно, секундарно и евентуално у односу на задржавање, као примарно.¹³⁷⁴ У домаћем праву, као и у низу других регулатива, намирење је ретиненту признато на исти начин као и залогопримцу.¹³⁷⁵ Једина разлика је у обавези више за ретинента, да о намераваној продаји мора *благовремено* упозори дужника или новог власника ствари, ако ју је дужник у међувремену отуђио.¹³⁷⁶ *Ratio* оваквог решења је у особености ретенције схваћене као средства обезбеђења потраживања *sui generis*: њоме се обезбеђује већ доспело потраживање (за разлику од залогa), те се упозорење дужника о намераваној продаји чини нужним.

¹³⁷³ Реч је о: швајцарској, српској, хрватској, словеначкој, македонској, црногорској и регулативи БиХ.

¹³⁷⁴ Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 20; V., Bilbija, *нав. дело*, стр. 89-90; D., Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, стр. 532; Ј., Čuveljak, *нав. дело*, стр. 47-48; G., Badovinac, О оштећењу робе у меšovитом превозу и право ретенције, *Zbornik referata sa savjetovanja „Ugovori o drumskom prevozu robe i putnika“ održanog u Subotici 1970.*; L., Urošević, *Ius retentionis savesnog držaoca prilikom povraćaja stvari*, *Kritičke studije iz oblasti prava*, Beograd, 1926., стр. 24; Z., Stipković, *нав. дело*, стр. 288; I., Babić, *Pravo zadržavanja i njegova primena u ugovoru u ugostiteljskoj ostavi*, *Naša zakonitost*, br. 5/87, стр. 590.

¹³⁷⁵ Видети: чл. 289 ЗОО Републике Србије.

¹³⁷⁶ Тако и: Ј., Радишић, *нав. дело*, стр. 341; О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 267; Н., Планојевић, *Стварно право у пракси*, стр. 420.

Једина разлика која је задржана у оквиру овлашћења намирења трговца-ретинента у односу на нетрговца-ретинента јесте у начину намирења.¹³⁷⁷ У домаћој доктрини се чини општеприхваћеном и разлика у погледу постојања овлашћења намирења с обзиром на категорију ретиниране ствари. По том тумачењу, овлашћење намирења се признаје искључиво ретиненту покретне, а не и непокретне ствари. Стога смо ово овлашћење назвали условним, чак и у регулативама које прописују квалификовану ретенцију. Међутим, већ смо у раду упутили на незаснованост оваквог различитог доктринарног третмана садржине права ретенције код ових двеју категорија ствари - у контексту постојеће законске формулације, која овакву разлику не прави.

Ипак, питање које у вези са овлашћењем намирења ретинента, по нашем мишљењу, привлачи највећу пажњу, јесте његов однос са претходно поменути овлашћењем задржавања дужникове ствари. Наиме, иако се у доктрини оно по правилу означава као допунско, супсидијарно и сл., чињеница је да је једини предуслов за намирење ретинента – обавеза благовременог обавештења дужника о намераваној продаји. То значи да ретинент практично одмах по заснивању ретенције, може тражити своје намирење. Дакле, никакав временски минимум (нити обрнуто – максимум) претходног задржавања дужникове ствари, није законом предвиђен као предуслов намирења (а у ситуацији већ доспелог потраживања). Због тога можемо поставити питање: да ли овлашћење ретинента на намирење једноставно - конкурише овлашћењу задржавања? И да ли је однос два наведена овлашћења у оквиру садржине ретенције потенцијално различит у грађанској и трговачкој сфери промета?

2. *Овлашћење првенственог намирења.* Још једно овлашћење у оквиру садржине ретенције које се сматра спорним у доктрини је право првенства титулара ретенције. Наиме, у зависности од прихваћене правне природе овог института у појединим регулативама, а свакако и зависно од степена уподобљавања законског концепта ретенције заложном или неком другом праву, варира и став према овом овлашћењу. У домаћем праву и регулативама које за ретенцију прописују изричиту одредбу о

¹³⁷⁷ Наиме, у грађанској сфери промета се инсистира на поштовању начела официјелности заложног права, те нетрговац-ретинент може ствар изложити само судској продаји, а уз претходну покренуту парницу. Начин судске продаје ствари може бити: јавна продаја; продаја ствари по тржишној или берзанској цени; или евентуално, ако су трошкови јавне продаје несразмерно велики према вредности ствари, суд може да одлучи да поверилац сам изврши продају ствари, по цени утврђеној од стране стручњака или да је ако жели, задржи по тој цени за себе (по аналогiji са начином намирења заложног повериоца). Видети: чл. 980 ЗОО; изузеци су предвиђени у: чл. 988 ЗОО. В., Благојевић, В., Круљ, *nav. delo*, стр. 1002; С., Перовић, Коментар закона о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 672. Насупрот томе, ретинент-трговац ће моћи и непосредно да приступи продаји ствари вансудским путем, по протеку рока од 8 дана од дана упозорења дужника. Упоредити: чл. 289 и чл. 981 ЗОО.

намирењу као код заложног повериоца, право првенственог намирења¹³⁷⁸ ретинента је неспорно, баш као и код залогопримца.¹³⁷⁹

2. Обавезе ретинента

У овој фази реализације ретенције две су обавезе ретинента и то: 1) благовремено обавештење дужника о намераваној продаји ствари¹³⁸⁰ и 2) повраћај вишка новца преко вредности намиреног потраживања.

1. *Дужност блавоременог обавештења дужника* о намераваној продаји ретиниране ствари иницира два важна питања: а) када се ово обавештење сматра благовременим? и б) која је његова сврха? Нама се чини да правни стандард блавоременог обавештавања не треба квантификовати једнако у сфери грађанског и трговачког промета: јер први се одвија спорије, ретиненти су лаици, баш као и дужници, те им треба оставити више времена од обавештења до намирења. Насупрот томе, трговци имају интерес да се намирење спроведе што пре и ефикасније, оба лица су трговци професионалци и релативно мали временски период им треба оставити за реакцију на обавештење о планираној продаји. Кључно питање је има ли дужник новца (био он трговац или не); јер ако има новца да плати дуг, реакција неће бити проблем.

Блавоременост обавештења зависи од више конкретних околности, као што су: износ потраживања; имовинске прилике дужника; интензитет пословања дужника; стање на тржишту; својства ретиниране ствари; трошкови њеног чувања и одржавања и сл. Доктрина закључује да у сваком случају то не би могло бити краће од уобичајеног «примереног» рока од 8 дана.¹³⁸¹ Коначно, у ЗОО изричито је предвиђена примена правила о намирењу залогопримца и на намирење ретинента, што свакако значи

¹³⁷⁸ Право првенственог намирења означава право ретинента да се из цене остварене продајом претходно задржаване ствари намири пре: а) свих обичних, хирограферних поверилаца; и б) пре свих обезбеђених поверилаца на тој ствари, са бољим рангом. Редослед намирења више различитих права обезбеђења на истој ствари (код вишеструког залагања и сл.) регулисан је у ЗОО, а према начелу *prior tempore potior iure*. Ако је једна ствар заложена неколицини поверилаца, редослед њиховог намирења се одређује према датуму настанка њихових заложних права. Чл. 985 ЗОО. Ранг ретенције се одређују према моменту стицања овог права, дакле у тренутку испуњења последњег услова који је законом (кумулятивно) одређен.

¹³⁷⁹ Притом, првенствени ред намирења ретинента се рачуна од момента стицања ретенције, дакле од остварења последњег у групи услова потребних за конституисање ретенције (а не од момента заснивања судске залог у извршном поступку). Тако и: Р., Лоренц, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, 1978., стр. 1279. Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 170; V., Bilbija, *нав. delo*, стр. 91.

¹³⁸⁰ У домаћем ЗОО: чл. 289; у хрватском праву: чл. 75 ЗОО

¹³⁸¹ Видети: С., Пауновић, *нав. дело*, стр. 68.

различити рок за трговца (рок од 8 дана) у односу на нетрговца, где је рок неодређен, тј. мора се преузети из извршног поступка.

Сврха ове обавезе ретинента је омогућавање «последње шансе» противнику ретенције давањем додатног рока за измирење потраживања, како би отклонио од себе штету и друге последице које би продајом претрпео.¹³⁸² Можемо закључити да је ова обавеза ретинента - озакоњени уступак дужнику, који не сме без претходног упозорења бити олако лишен својине на ствари. Стога је дужност обавештавања пре покретања поступка продаје ствари важна тековина еволуције института ретенције и техника уравнотежења колидираних интереса ретинента и противника ретенције.¹³⁸³ Реч је о специфичном инструменту заштите дужника¹³⁸⁴, чије непоштовање неће условити немогућност наплате повериоца, али ће довести до обавезе повериоца на надокнаду претрпљене штете дужнику.¹³⁸⁵

Ипак, у делу доктрине се закључује супротно: да је последица необавештавања дужника о планираном намирењу продајом његове ствари – губитак права на намирење. Међутим, по нашој оцени, овде је реч о повреди тзв. споредних обавеза лица у грађанскоправном односу¹³⁸⁶, чије непоштовање не узрокује губитак права (у овом случају – права на намирење ретинента), већ само иницира обавезу на надокнаду причињене штете другој страни. У овом контексту, савесно и поштено поступање ретинента подразумева благовремено обавештење дужника, као „минимални обзир“ према његовим имовинским интересима, како не би претрпео штету услед ретинентовог пропуштања.

2. *Обавеза повраћаја вишка вредности.* Ретинент је обавезан да након спроведене продаје ретиниране ствари, као објекта права намирења¹³⁸⁷, вишак вредности који преостане врати дужнику (пређашњем власнику). Разлог за то је чињеница да је ретенција акцесоријум, који представља допунски начин реализације

¹³⁸² Ова обавеза ретинента је допунска у реализацији овлашћења намирења, у односу на лакшу реализацију намирења залогопримца. Уз то, обезбеђује се и «повратна реакција», за случај да дужник није приметио да му је ствар задржана. Тек ако ни у овом року дужник не испуни дуговано, поверилац је овлашћен да покрене поступак реализације продаје.

¹³⁸³ За разлику од савремених регулатива, римско право није познавало ову обавезу ретинента, што је логично, јер је ретенцију редуковало на средство задржавања.

¹³⁸⁴ В., Благојевић, В., Krulj, *nav. delo*, str. 1002.

¹³⁸⁵ Чл. 268 ЗОО. Тако и: С., Стрезовски, *nav. дело*, стр. 1002 (коментар уз чл. 289). О., Јелчић, *nav. дело*, стр. 94; Д., Нибер, М., Џивковић, *nav. дело*, стр. 170; Cf. В., Vizner, *nav. дело*, стр. 1151.

¹³⁸⁶ О врстама обавеза као елементу субјективног грађанског права видети више код: Д., Стојановић, О., Антић, *nav. дело*, стр. 196.

¹³⁸⁷ Из вредности остварене продајом, ретинент је овлашћен да намири трошкове реализације продаје, камату и главницу (тим редом), али нема права на вишак вредности.

главног потраживања – у одређеној висини, а који истовремено не овлашћује на присвајање вишка вредности. У противном би ретинент био неосновано обогаћен.

III Садржина ретенције у ДЦФР-у

Садржина ретенције у ДЦФР-у је регулисана на општи начин, кроз истицање кључних овлашћења и обавеза странака, у односу насталом поводом сва три облика реалног обезбеђења потраживања која ДЦФР познаје (залоге, права задржане својине и ретенције).¹³⁸⁸

А. Права и обавезе титулара права обезбеђења. Међу правима обезбеђеног повериоца истичу се: а) право на посед; б) право на одбијање издавања ствари на захтев власника до намирења обезбеђеног потраживања; в) право сваког реално обезбеђеног повериоца (па и ретинента) на присвајање одвојених цивилних плодова од оптерећене ствари;¹³⁸⁹ г) право намирења из вредности остварене продајом оптерећене ствари¹³⁹⁰; д) право првенства (испред свих других реално обезбеђених поверилаца);¹³⁹¹ и њ) право располагања (титулару сва три права реалног обезбеђења потраживања је у ДЦФР-у признато и право располагања обезбеђеним потраживањем (као главним, реално обезбеђеним правом), уз које се преноси и реално обезбеђење, као акцесорно.¹³⁹²

Са друге стране, титулар поседовног (државинског) права обезбеђења нема право употребе оптерећене (дакле и ретиниране) ствари, осим изузетно, у случају и у мери у којој је употреба неопходна ради очувања ствари и њене исправности.¹³⁹³

¹³⁸⁸ Видети: Section 2: Encumbered assets, IX. – 5:201: *Care and insurance of the encumbered assets*. О појму и врстама државине према ДЦФР-у видети више код: N., Planojević, *Državina u nacrtu Evropskog građanskog zakonika i u prednacrtu Građanskog zakonika Srbije*, *Pravni život*, god. XLIII, knj. 572, br. 10/2014., str. 343-358.

¹³⁸⁹ Видети: DCFR, X. – 5:208: *Appropriation of civil fruits*

¹³⁹⁰ О начинима могућег намирења обезбеђеног повериоца из вредности оптерећене ствари видети: DCFR, X. – 7:207: *General rule on realization*. О судском извршењу видети: DCFR, Subsection 3: *Judicial enforcement*, IX. – 7:217: *Applicable rules*. Посебне одредбе о намирењу повериоца из вредности потраживања (као објекта обезбеђења) или из хартија од вредности видети у: IX. – 7:214: *Realisation of security in right to payment or in negotiable instrument*.

¹³⁹¹ О дистрибуцији прихода остварених принудном продајом ствари видети: DCFR, X. – 7:215: *Distribution of proceeds*. Распдела прихода остварених вансудском продајом регулисана је и у: IX. – 7:216: *Appropriation of encumbered asset by secured creditor*.

¹³⁹² Видети: DCFR, Section 3: *Change of parties*, IX. – 5:301: *Transfer of the secured right*. За пренос права својине (или залагање оптерећене ствари) од стране власника – дужника, видети: IX. – 5:303: *Transfer of encumbered asset*.

¹³⁹³ Видети: DCFR, Subsection 2: *Secured creditor's rights and obligations*, IX. – 5:206: *Limited right of use*. За ограничену употребу средстава обезбеђења које банке имају у свом поседу, као обезбеђење потраживања према својим клијентима, дужницима, видети: X. – 5:207: *Banks entitled to dispose of financial assets*.

Међу *обавезама овлашћеног лица* истичу се: а) обавеза одржања идентитета оптерећене ствари; б) чување ствари са појачаним степеном пажње; в) одржавање ствари; г) обавеза на државинску заштиту реалне гаранције коју има у поседу;¹³⁹⁴ д) давање информација обавезном лицу (противнику ретенције) о износу обезбеђеног потраживања и покривености износа реалном гаранцијом;¹³⁹⁵ њ) обавештење власника ствари – дужника ненамиреног потраживања, да ће титулар реалне гаранције приступити реализацији свог права – њеном продајом.¹³⁹⁶

Значајан допринос ДЦФР-а је прецизирање рока у коме се ово обавештење сматра благовременим: рок за обавештење о планираној продаји његове ствари је *минимум 10 дана*¹³⁹⁷. Ово сматрамо значајним у циљу уједначавања праксе у којој је до сада (у домаћем и у упоредном праву) ово питање било донекле спорно. Ово нам се чини као адекватна дужина рока у коме дужник може да се припреми на губитак својине на ствари и евентуално искористи последњу шансу која му је *ex lege* призната да стечено право својине очува, тиме што ће ипак исплатити дуг повериоцу. Осим тога, захтев да ово обавештење буде у писаној форми, са обавезном садржином, доприноси правној сигурности и отклања сваку сумњу у испуњење повериоачеве дужности благовременог, исправног и потпуног информисања дужника.

Овакво решење ДЦФР-а, којим је садржина ретенције регулисана паралелно уз одређење садржине залогe и права задржане својине, делује као занимљива идеја. Ово је могуће управо зато што је део њихове садржине идентичан (док је други део садржине различит). Сличност постоји, пре свега, у погледу овлашћења државине титулара права и то код ретенције и државинске залогe (али не и регистроване залогe и *actum reservati domini*); затим, у овлашћењу намирења из оптерећене ствари (код ретенције и залогe, али не и код права задржане својине) и др. Са друге стране, с обзиром на чињеницу да имају исти објекат – искључиво покретне ствари, питање њиховог разграничења, при оваквом начину регулисања, може бити проблематично.

¹³⁹⁴ Видети: DCFR, IX. – 7:202: *Creditor's right to immobilise and to preserve encumbered asset*.

¹³⁹⁵ Видети: DCFR, Section 4: Secured creditor's obligation to give information about secured right, IX. – 5:401: Secured creditor's obligation to give information about secured right.

¹³⁹⁶ Осим дужности обавештавања дужника о планирај продаји оптерећене ствари, ова обавеза постоји и према још неким категоријама лица инволвираних у однос настао поводом реалног обезбеђења потраживања., али само када је у питању *вансудско намирење*. Ово питање (ко су адресати обавештења) је детаљно уређено у: DCFR, IX. – 7:209: Addressees of the notice. Детаљан опис времена, начина и садржине овог обавештења садржани су у: X. – 7:210: Time and contents of notice; а начин спровођења продаје у: IX. – 7:211: Sale by public or private auction or by private sale. Значење правног стандарда: тржишно разумна цена садржано је у: IX. – 7:212: Commercially reasonable price.

¹³⁹⁷ Видети: DCFR, IX. – 7:107: *Enforcement notice to consumer*. У случају више лице у улози солидарних дужника као даваоца реалног обезбеђења видети: DCFR, IX. – 7:108: Solidary liability of several security providers.

Што се садржине ретенције тиче, решење ДЦФР-а је регулише на готово исти начин као у многим државама чија су решења била предмет наше анализе, што указује да је питање садржине овог института најмање спорно. Смер даље еволуције ретенције у европском праву је заједнички, а то је признавање све шире садржине института, у циљу што свеобухватније и ефикасније заштите интереса ретинента.

Разлика решења ДЦФР-а у односу на анализирани националне регулативе у погледу садржине ретенције је најизраженија у погледу детаљнијег навођења следећих обавеза и овлашћења ретинента. *Прва* је обавеза ретинента да *одржава* ретинирану ствар, што је новина у односу на решења других држава, коју треба унети и у будуће српско право, мада би се могло рећи да се она и данас на неки начин подразумева. *Друга* је обавеза *давања информација* обавезном лицу (противнику ретенције) о износу обезбеђеног потраживања и покривености износа реалном гаранцијом, што такође сматрамо корисним прецизирањем за домаће право, мада смо мишљења да се и ова обавеза на неки начин подразумева. *Трећа* новина је „претварање“ права на *државинску заштиту у обавезу*. Реч је о логичном решењу, јер власник ствари, по правилу, не може знати када је ствар нестала ретиненту, да би сам захтевао повраћај државине од трећег лица.

Од *овлашћења* ретинента је ново оно које се односи на *присвајање одвојених цивилних плодова*, а прецизирано је и постојање *права располагања ретенцијом* (које се у доктрини већине земаља означава као спорно) – што је решење које би такође требало увести у домаће право. Наведено решење ДЦФР-а у целини сматрамо веома добрим, а свакако прецизним и комплетним решењем.

Б. Права и обавезе власника оптерећене ствари. *Овлашћења власника* оптерећене ствари су: право прегледа оптерећене ствари у свако доба, сем у невреме; као и сва друга овлашћења, која су корелативна обавезама ретинента, попут: права на повраћај ствари у случају измирења (или другог начина престанка) обезбеђеног потраживања или услед давања другог средства обезбеђења и др.

Обавезе власника оптерећене ствари су корелативне правима ретинента, а нарочито је издвојена једна - осигурање ствари која је објекат обезбеђења. Ово је опште правило ДЦФР-а (за сва права реалног обезбеђења), али се може поставити питање да ли се оно примењује и на ретенцију, која по правилу не настаје на основу уговора, већ на специфичан начин – принудно, на основу закона, а независно од воље власника ствари.

Ипак, стриктно гледано, то што ретенција настаје обично на основу закона не мора бити сметња за реализацију њене комплетне садржине, па и обавезе осигурања, која се може извршити и након њеног настанка и штити интерес повериоца, тј. предмет који га обезбеђује. Осим тога, ДЦФР је врло прецизан, када је нешто искључено, то је у тексту и прецизирано.

ОДЕЉАК 2 ДЕЈСТВО РЕТЕНЦИЈЕ

Иако поједини аутори¹³⁹⁸ закључују да ретенција представља пуко „продужење фактичког утицаја на туђој ствари“, њен ефекат није тако фрагментаран и редукован. У немачкој литератури¹³⁹⁹ се дејство ретенције сликовито представља као: „усмерено фактичко нечињење дужника наспрам нечињења повериоца, које остварује ефекте *ipso iure*“. Уобичајено се у доктрини¹⁴⁰⁰ њено дејство посматра двојачко: 1) према дужнику и 2) према трећим лицима.

Међутим, по нашем мишљењу, ретенција дејствује *тросмерно*: 1) према имовинској сфери самог повериоца-ретинента; 2) према дужнику-противнику ретенције и 3) према трећим лицима (трећим лицима са конкретним правом на ретинираној ствари, али и уопште свим трећим лицима). Стога ћемо по овом редоследу и разматрати њене тројачке ефекте (потенцијално и три различите функције), као један од централних проблема овог института. Напомињемо да је дејство ретенције могуће посматрати двојачко: 1) материјално и 2) процесно, при чему је наш предмет интересовања материјални аспект дејства ретенције (док ће процесни бити само сумарно представљен).

I Дејство ретенције према ретиненту

Ретинирање туђе ствари је одлука повериоца, која као законско овлашћење зависи искључиво од његовог става и процене да му се исплати да континуирано врши „материјалну експропријацију“ ствари свог дужника и то: а) колико дуго он жели; и б) опонирајући тиме не само интересима дужника, већ и свих трећих поверилаца дужника са аспирацијама на тој ствари.¹⁴⁰¹ Стога се у делу немачке доктрине¹⁴⁰² закључује да је иницијално дејство ретенције следеће: „доспелом захтеву повериоца чинидбе се *ipso iure*, под резолутивним условом, одузимају уобичајена правна дејства доспелости“.

¹³⁹⁸ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 11. Међутим, чак и поменута ауторка закључује да је реч о: „приватном средству принуде чија је елганција можда оспорива, али чије је дејство јако ефикасно“.

¹³⁹⁹ A., Breuer, *op. cit.*, стр. 4 и даље.

¹⁴⁰⁰ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 303; R., Lorenc, *nav. delo*, стр. 89, 96.

¹⁴⁰¹ У зависности од концепта конкретне регулативе, ретинент ће овим базичним ефектом утицати посредно или непосредно и на намирење свог потраживања.

¹⁴⁰² A., Breuer, *op. cit.*, стр. 112-113.

Дакле, правна последица није дефинитивно спречавање правног дејства доспелости, већ само привремена суспензија, тј. право на одлагање чинидбе.

Наиме, ретенција се у страниј литератури квалификује као: могућност за „одређивање унилатералног рока за обавезу испоруке ствари“.¹⁴⁰³ „Субординацијом измирења сопственог дуга дужниковом плаћању реципрочног“¹⁴⁰⁴, ретинент легитимно повезује два давања, испрва неповезана. Ипак, ретенција схваћена као обичан модалитет дуга или као врста законског рока, који суспендује доспелост испоруке ствари до неизвесног датума, чини се правом недовољно диференциране садржине и слабог дејства. Стога је очигледно да се ефекат ретенције не исцрпљује, већ тек започиње овим базичним дејством, које ретенцију илуструје као „апендикс потраживања“. Ретенција посматрана као могућност за повериоца-ретинента да *модификује извршење сопственог дуга* према повериоцу предаје ретиниране ствари (свом дужнику) – својствена је углавном немачком праву, о чему је било речи, у ком се примарним објектом ретенције сматра чинидба, а не ствар, као у домаћем и сродним правима.

II Дејство ретенције према дужнику

Према критеријуму јачине дејства ретенције могуће је издвојити два модела регулатива: 1) оне које ретенцију одређују *искључиво као средство притиска* на дужника¹⁴⁰⁵ и 2) оне које појачавају њено дејство, регулишући је кумулативно: као *средство притиска и средство намирења*. У другом моделу регулатива разликујемо две фазе у реализацији ретенције¹⁴⁰⁶: 1) задржавање (фаза притиска); и 2) намирење (фаза намирења). Кроз сваку од ових етапа можемо анализирати дејство ретенције: а) према дужнику и б) према трећим лицима.

1. У фази притиска

А. Дејство ретенције у првом моделу регулатива, у којима је ретенција само *средство притиска* на дужника, редуковано је на фазу обезбеђења потраживања, која

¹⁴⁰³ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*

¹⁴⁰⁵ У првом моделу једино дејство ретенције према дужнику је вршење притиска да главни дуг што пре измири задржавањем и одбијањем предаје његове ствари.

¹⁴⁰⁶ У доктрини се тако говори о двоструком учинку ретенције. В., Vizner, *nav. delo*, стр. 1150.

се остварује кроз пасивно понашање ретинента, као и кроз одбијање испоруке ствари.¹⁴⁰⁷ У групу регулатива које ретенцију уређују строго као «статику» односа обезбеђења убрајамо: француску¹⁴⁰⁸, италијанску¹⁴⁰⁹, немачку¹⁴¹⁰ и аустријску грађанску¹⁴¹¹ регулативу ретенције. Упркос постојању извесних разлика међу њима, ове концепције имају кључне сличности у одређивању правног дејства ретенције и то кроз следеће карактеристике:¹⁴¹²

1) ретенција у њима представља искључиво средство вршења психолошког, економског, фактичког и правног утицаја¹⁴¹³ на неуредног дужника да измири обезбеђено потраживање¹⁴¹⁴; 2) по правилу се ретенција дефинише као «негативна моћ»¹⁴¹⁵ (не као право), тј. овлашћење на нечињење, без позитивних атрибута¹⁴¹⁶, тј. без права на: употребу; плодове; располагање; без права следовања¹⁴¹⁷; намирења¹⁴¹⁸; првенства;¹⁴¹⁹ а једино позитивно овлашћење је право на државинску заштиту

¹⁴⁰⁷ Отуд не изненађује закључак аутора из регулатива овог модела, да се коначно дејство ретенције исцрпљује: „повезивањем извршења два дуга која нису била уједињена каузалном међузависношћу.“ *“Nemo potest cogi ad factum”*. N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 42.

¹⁴⁰⁸ Чл. 2286 ФГЗ

¹⁴⁰⁹ С обзиром на казуистички начин регулисања ретенције у италијанској регулативи, тамошња доктрина посредно изводи овакав закључак анализом свих случајева признате ретенције у ИГЗ. Изузетно о тзв. *ius vendendi*, видети: P., Basso, *op. cit.*, стр. 140.

¹⁴¹⁰ § 273 и § 274 НГЗ. Ипак, постоји изузетак од општег правила, а то је ретенција савесног држаоца туђе ствари којој је признато јаче дејство – намирења потраживања продајом ретиниране ствари. *Cf.* §1000 НГЗ. У аустријској регулативи дејство ретенције је уређено у чл. 471 АГЗ. О одсуству права намирења код аустријске цивилне ретенције видети више код: Koziol, Welser, *op. cit.*, стр. 89.

¹⁴¹¹ Чл. 471 АГЗ

¹⁴¹² О споредним процесним дејствима ретенције, превасходно у немачкој регулативи, видети више код: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 313-314.

¹⁴¹³ Scapel, *op. cit.*, стр. 560.

¹⁴¹⁴ И судска пракса у регулативама овог модела инсистира на: „пасивности ретинента и елиминисању овлашћења намирења (*ius distrahendi*) ван сваке залоге и сваке привилегије“. Део образложења пресуде Трговачке коморе касационог суда у Паризу од 19. Фебруара 1958. (Cass. Comm. 19. février 1958., Bull. 1958., III, стр. 67, n° 82.) Нав. према: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 40. О овоме видети више код: Derrida, *Encyclopedia Dalloz, op. cit.*, стр. 60-61.

¹⁴¹⁵ M., Bandrac, P., Crocq, *Droit de retention, Nature juridique, Qualification de sûreté ou de garantie, Revue trimestrielle de droit civil*, 1995/4, стр. 931.

¹⁴¹⁶ Söergel, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, стр. 556.

¹⁴¹⁷ Добровољним престанком поседа ствари ретенција престаје, јер је реч о праву које је нераскидиво повезано са државином ствари. А код ретенције не постоји петиторна тужба (за разлику од заштите залогe), којом би ретинент повратио своје право на ствари, јер му није признато право следовања. Са друге стране, нежељени губитак поседа омогућава државинску заштиту и не доводи до губитка права ретенције, али само у оквиру преклузивног, релативно кратког рока. Изузетно, постоји ситуација могућег „оживљавања“ претходно изгубљене ретенције, упркос одсуству права следовања ретинента. О томе више: Mazeaud, H., Mazeaud, J., *Leçons de droit civil, Tome troisième, Premier volume: Sûretés – Publicité foncière*, Ed. Montchrestien, Paris, 1968., стр. 306. О изузетима од овог правила у француском праву видети: M., Planiol, *op. cit.*, стр. 777.

¹⁴¹⁸ Одсуство права на намирење ретинента италијанска доктрина објашњава схватањем ретенције као изузетно допушеног вида самовланог остваривања права, као легитимне самозаштите која сме имати искључиво одбрамбено дејство (дефанзивно), а не агресивно, офанзивно, а нарочито не коначно. Ретенција у овој регулативи има само привремено дејство и улогу одложеног приговора. Varba, *Enciclopedia del diritto, op. cit.*, стр. 1374.

¹⁴¹⁹ О одсуству позитивних прерогатива ретинента: Crosio, *op. cit.*, стр. 107.

(државинске тужбе и самопомоћ), као последица државине. Ипак, у француској¹⁴²⁰ доктрини се истиче да ретинент у пракси често бива (посредно) исплаћен приоритетно: наиме, увек када је ретинирана ствар веће вредности од ретинентовог потраживања, остали повериоци ће имати интереса да затраже принудну продају ствари уступајући ретиненту првенствени ранг (како би избегли његово даље задржавање и блокирање сопственог намирења). Ове уговоре најчешће закључује стечајни управник са ретинентом, уступајући му тиме преференцијани ранг на цени. 3) реализује се као материјални или процесни приговор¹⁴²¹ на тужбу противника ретенције, којом он тражи повраћај ствари¹⁴²²; 4) једина функција ретенције је да има «моћ преобликовања, тј суспендовања своје обавезе на предају ствари једностраном изјавом воље ретинента»,¹⁴²³ чиме се тек „посредно остварује намирење њоме обезбеђеног потраживања»¹⁴²⁴; 5) све претходне карактеристике, по већинском мишљењу доктрине у овим регулативама, ретенцију битно одређују као облигационо право, релативноправног дејства *inter partes*, које делује „само у оквиру обавезе, а не и ван ње“.¹⁴²⁵

¹⁴²⁰ Видети: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 40.

¹⁴²¹ У италијанском праву овај приговор има наглашено процесно дејство. Тако, приговор ретенције савесни држалац може истаћи само као процесни одговор у спору по реивиндикационој тужби власника за повраћај ствари, не и вансудски. Ипак, ово правило важи само за овај модалитет ретенције, док се у осталим случајевима овај приговор може реализовати и вансудски. Varba, *op. cit.*, р. 1374. У италијанској доктрини је постављено важно питање: до ког тренутка у судском поступку се приговор ретенције може истицати? Начелно, одговор је да може у било ком тренутку – јер је реч о законом признатом овлашћењу, али уз ограничење да се ово овлашћење не сме злоупотребљавати. Mazzochi, *op. cit.*, стр. 189.

¹⁴²² У немачкој доктрини се истиче као нарочита предност регулативе ретенције њена реализација у форми процесног приговора, као решење које штити интерес повериоца-ретинента. Наиме, на дужника се пребацује терет да тужи, а потом и да докаже своје тврдње – да поверилац нема право да ретинира (а не обрнуто). Кључни процесни ефекат приговора ретенције је доношење пресуде којом се ретинент осуђује на испуњење обавезе - само уз истовремено испуњење противникове обавезе према њему (тзв. дејство пресуде *Zug um zug*). О могућим начинима улагања овог приговора више код: Söergel, *op. cit.*, стр. 558. Staudinger Gursky, *op. cit.*, стр. 383-384. О карактеристикама пресуде и начинима њеног извршења у немачком процесном праву видети више код: Palandt, *op. cit.*, стр. 343; Blunck, Die Bezeichnung der Gegenleistung bei der Verurteilung zur Leistung Zug um zug, NJW 1967, стр. 1598; Gabius, Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung, NJW, 1971, стр. 866; Koenigk, Verfahrensrechtliche Wirkungen des Zurückbehaltungsrecht, NJW 1960, стр. 2180.

¹⁴²³ Смисао овог приговора није да трајно одбије дужников захтев (који је пуноважан), већ само да га садржајно ограничи, одлагањем сопствене (поверилачке) доцње. Varba, *op. cit.*, стр. 1374.

¹⁴²⁴ Та посредна реализација обезбеђеног потраживања значи да је ретинент „реално“ обезбеђен све док има ствар у фактичкој власти. Он тиме отклања потенцијални утицај свих трећих лица на ствари која чак имају право првенственог намирења из те ствари. Према њима ретенција делује као сметња за реализацију њиховог права на ствари, а ретиненту фактички омогућава првенствену наплату. Ипак, моментом захтеване реализације потраживања и губитком поседа ствари, квази-привилегија ретинента престаје и он од тог тренутка има статус обичног, хирограферног повериоца. Trabucchi, *op. cit.*, стр. 621; Malaurie, Aynes, Cours de droit civil; Les sûretés; стр. 120. У хрватској доктрини се ово сликовито илуструје тврдњом да је неспојиво тражити извршење на ствари, а истовремено бити у улози ометача истог процеса. S., Petrić, *nav. delo*, стр. 307. О овом ефекту ретенције у аустријској регулативи видети: Gschnitzer, Sachenrecht, стр. 205.

¹⁴²⁵ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 13.

Б. Насупрот овом моделу је онај који ретенцију уређује двојако: те је ова статична фаза по правилу иницијална, али не и једина. Регулативе које убрајамо у ову групу су: швајцарска, домаћа, хрватска, словеначка, македонска, црногорска и регулатива БиХ.¹⁴²⁶ Чињеница да се у њима дејство ретенције не исцрпљује простим задржавањем ствари и нужно пасивним понашањем ретинента, диференцира и поједина позитивна овлашћења ретинента током фазе притиска (негирана у првом моделу).

Тако, као заједничке карактеристике фазе притиска у дејству ретенције можемо издвојити следеће: 1) ретенција представља *превасходно средство задржавања* дужникове ствари,¹⁴²⁷ у циљу вршења притиска на дужника да што пре измири дуговано, с кључном разликом што се овим овлашћењем њено дејство не исцрпљује (за разлику од првог модела);¹⁴²⁸ 2) иако се и у овом моделу регулатива фаза притиска реализује кроз одбијање предаје ствари на захтев дужника, ово негативно овлашћење није једино признато ретиненту; он је уједно титулар извесних *позитивних овлашћења* у статичној фази, попут: права на државину и на државинску заштиту,¹⁴²⁹ евентуално и на располагање (уз допунска овлашћења у динамичној фази реализације ретенције); ипак, ни у овом моделу ретинент нема право употребе ствари, ни право следовања; 3) ретенција се и овде реализује као материјални или процесни приговор, али и као противтужба; затим, као деклараторна тужба¹⁴³⁰ за утврђење постојања основа за ретинирање (а може се вршити и вансудски)¹⁴³¹; 4) ретенција се у овом моделу ређе

¹⁴²⁶ Видети: чл. 895 ШГЗ; чл. 286 ЗОО Србије; чл. 72 ЗООХ; чл. 261 ОЗС; чл. 293 ЗООЦГ; чл. 275 ЗООМ; чл. 286 ЗОО ФБиХ и Републике Српске. Осим поменутих регулатива, овде свакако спадају и немачка и аустријска трговачка регулатива, које дејство ретенције обавезно појачавају додавањем овлашћења намирења из вредности задржаване ствари. Видети: § 371 НТЗ.

¹⁴²⁷ Осим ретенције ствари дужника, која постоји као правило, у појединим регулативама постоје особени модалитети ретенције, који своје дејство испољавају искључиво кроз статистику односа обезбеђења, тј. искључиво путем вршења овлашћења задржавања (без намирења). Али, у тим случајевима објекат ретенције није дужникова ствар, већ повериочева (сопствена) чинидба предаје ствари. Овде је реч о примени посебних одредаба швајцарског облигационог законика (чл. 307 и чл. 402 ШЗО), а не опште ретенције са стварноправним дејством из чл. 895 ШГЗ. Осим тога, посебан модалитет ретенције (чији објекат јесте ствар) јесте ретенција савесног држаоца у ШГЗ (чл. 939 ШГЗ) који не даје *ius distrahendi*. Његова специфичност је одсуство права намирења, али задржавање стварноправног дејства према трећим лицима (*erga omnes*), што је последица опште супротстављивости овог приговора ретенције.

¹⁴²⁸ У швајцарској доктрини се истиче да је ретинент овлашћен најпре да задржава дужникову ствар, па тек ако са том улогом ретенције не успе, да може евентуално ствар да изложи продаји и то само онолико ствари колико је потребно за намирење обезбеђеног потраживања. О оправданости одступања од начела недељивости ретенције у швајцарском праву (у контексту начела савесности и поштења) видети код: К., *Oftinger, op. cit.*, стр. 387.

¹⁴²⁹ Право на државинску заштиту ретинент свакако има: као право на државинске тужбе и самопомоћ. У швајцарском праву: чл. 926-929 ШГЗ.

¹⁴³⁰ Ретинент има право да подигне тужбу за утврђење којом се декларише постојање његовог права ретенције (само се потврђује, не конституише судском одлуком).

¹⁴³¹ Било да ретинент заузме строго пасивни, одбрамбени став (истицањем приговора ретенције или противтужбе), било да се определи за активни, офанзивни став (реализацијом овлашћења намирења) предност у процесном смислу је у сваком случају вођење једне парнице (уместо две), што је у складу са

одређује као овлашћење на неиздавање или правна моћ преобликовања правног односа, а чешће као субјективно грађанско право и то по правилу: као реално право обезбеђења потраживања, којим се непосредно исходује и намирење главног дуга¹⁴³²; и 5) због свих претходних карактеристика ретенције у фази притиска, овај институт се приближава апсолутним (стварним) правима, са дејством *erga omnes*, чак и у првој фази (простог задржавања).

2. У фази намирења

Као што смо већ истакли, динамична фаза у реализацији ретенције одлика је само регулатива у оквиру другог модела, које ефекте ретенције појачавају до оних који одликују реална права обезбеђења потраживања.¹⁴³³ Динамична фаза означава коначну реализацију обезбеђеног потраживања, продајом ретиниране ствари и намирењем повериоца из вредности остварене њеном продајом¹⁴³⁴. Европска регулатива која је иницирала овакво дејство опште ретенције је швајцарска.

У делу доктрине¹⁴³⁵ је изнет став да ову фазу ретенције одликују три специфична, допунска услова (у односу на претходну фазу задржавања) и то: 1) изостанак намирења потраживања; 2) недавање другог одговарајућег осигурања¹⁴³⁶; и 3) претходно обавештење дужника о намераваној продаји. Међутим, нама се чини да су прва два, овде наведена елемента - предуслов вршења ретенције и у фази задржавања. Стога, сматрамо да је једини услов који заиста представља допунску премису вршења овлашћења намирења ретинента, у односу на «просто» задржавање ствари, *услов претходног благовременог обавештења дужника о намераваној продаји*. Уз овај услов,

начелом процесне економије. Суд ће једном пресудом, као узајамно обавезујућом, решити читав комплекс спорних односа. Видети: R., Lorenc, *nav. delo*, str. 1278. Више о процесним аспектима дејства ретенције у аустријском праву видети: A., Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatsrechts*, I-1, Wien, 1925., стр. 363.

¹⁴³² У литератури се налази на оцене да је „опсег права и обавеза одређен правном природом“ ретенције (конкретно, на примеру швајцарске регулативе). Тако се изводи закључак да стварноправна природа ретенције из ШГЗ узрокује признати круг дејстава овог института. Видети: S., Petrić, *nav. delo*, str. 318.

¹⁴³³ Ван ове поделе остаје решење регулатива у оквиру англоамеричког права које познају два паралелна система правила о правима реалног обезбеђења потраживања на дужниковој ствари, а то су: *пасивни и активни lien-i*, при чему само други по реду омогућавају и намирење. Видети више код: Sykes, *op. cit.*, стр. 561.

¹⁴³⁴ Наш предмет интересовања је, као што смо претходно нагласили, материјалноправни аспект овог ефекта ретенције, док је процесни већ разматран у делу рада о садржини ретенције, конкретно у одељку о овлашћењу намирења. Више о процесном аспектима реализације овлашћења намирења ретинента видети: I., Kaladić, *nav. delo*, str. 25.

¹⁴³⁵ S., Petrić, *nav. delo*, str. 323-325.

¹⁴³⁶ Више о томе: Tuor, Schnyder, Schmidt, *op. cit.*, стр. 626; K., Oftinger, *Das Fahrnispfand*, стр. 418; C., Wieland, *Das Sachenrecht*, стр. 468.

ретинент може да реализује своје обезбеђено потраживање на исти начин као и заложни поверилац¹⁴³⁷: дакле, без даљих специјалних услова или ограничења; а нарочито, без рока за иницирање намирења. На овај начин се „елиминише дуготрајно, ако не и бесконачно, па и безуспешно задржавање“¹⁴³⁸ дужникове ствари. Притом, начин намирења према правилима о намирењу залогопримца¹⁴³⁹ означава: не само реализацију потраживања продајом ствари, већ и право првенственог намирења ретинента (*ius prioritatis*). У случају више реално обезбеђених поверилаца на истој (ретинираној) ствари ранг намирења се одређује према правилима за заложно право, дакле, према тренутку настанка ретенције у односу на тренутак конституисања тих других, конкуришућих права реалног обезбеђења. Ово овлашћење ретинента се у доктрини¹⁴⁴⁰ оцењује као велики законодавни корак унапред, будући да се према некадашњој домаћој регулативи,¹⁴⁴¹ ранг намирења ретинента рачунао тек од дана продаје задржане ствари, што је погодновало интересима осталих поверилаца, али јако штетило интересима ретинента.

Овакво појачавање дејства ретенције део стране доктрине види као „деформисање традиционалног института *ius retentionis*“.¹⁴⁴² Насупрот томе, већи део доктрине¹⁴⁴³ ово оцењује као сврсисходну еволуцију права, која пружа квалитетније обезбеђење ретиненту, а у чију корист је овај институт иницијално и настао, што је став ком се придружујемо.

3. Критички осврт на однос овлашћења задржавања и намирења у контексту дејства ретенције

Важно питање, које умногоме одређује дејство ретенције у регулативама другог (комерцијалног) разматраног модела, јесте однос два овлашћења која чине садржину

¹⁴³⁷ У чл. 289 домаћег ЗОО упућује се на намирење ретинента према правилима за намирење залогопримца (чл. 980-985).

¹⁴³⁸ Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 21. *Ibid.*

¹⁴³⁹ У домаћем праву су начин и поступак продаје заложене ствари (а који се аналогно примењују и на право намирења ретинента) предвиђени у одредбама чл. 980-983, а намирење у одредби чл. 984-985 ЗОО Републике Србије. У страним правима видети: чл. 890 - чл. 894 ШГЗ; у хрватском праву: чл. 336-338 Закона о власништву и другим стварним правима.

¹⁴⁴⁰ В., Vizner, *nav. delo*, str. 1153; С., Пауновић, *nav. дело*, стр. 68.

¹⁴⁴¹ *Cf.* § 471 новелираног АГЗ

¹⁴⁴² „Судска пракса у француској својим одлукама, којима преноси право ретинента на цену остварену продајом ретиниране ствари, дајући му тиме фактички преференцијално право намирења, доводи до неугодног изопачења института ретенције.“ N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 40-41.

¹⁴⁴³ У домаћем праву овакав став заступа: Р., Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1278; В., Vizner, *nav. delo*, str. 1153.

права ретенције, а кроз која се остварује њено дејство: према дужнику, али и према трећим лицима. Као што смо напоменули, о односу ова два овлашћења¹⁴⁴⁴ у домаћој доктрини¹⁴⁴⁵ се закључује да је: 1) *задржавање* дужникове ствари – *примарно*; а 2) *намирење* тек: *супсидијарно*, допунско, резервно, хронолошки касније овлашћење.

А. Аргументи у прилог односа супсидијаритета. Постоје извесни, ваљани аргументи у прилог прихватања претходно наведеног става и то: 1) традиционално, ретенција је још од римског права представљала само могућност задржавања (неиздавања дужникове ствари); 2) у пракси ће често (у нетрговачкој сфери нарочито) ствар бити само задржавана, јер ће ретенција као средство притиска бити довољна да поверилац издејствује добровољно намирење свог потраживања од дужника, те се принудно намирење неће ни активирати; 3) временски и логични след заиста начелно јесте такав: прво, примена мање интензивне мере заштите повериоцевих интереса (притисак), па тек онда, снажније (продаја ради намирења); 4) сам назив – право задржавања, асоцира на ово овлашћење као примарно; и коначно 5) за овлашћење намирења постоји и један допунски услов (у односу на задржавање), а то је дужност благовременог обавештења дужника о планираном намирењу.

Б. Контрааргументација става о односу супсидијаритета. Са друге стране, постоје и контрааргументи схватања о односу супсидијарности ова два овлашћења. Пре свега, ретинент је *овлашћен* да ствар одбија да изда на захтев дужника, као што је *овлашћен* и да је изложи продаји; наиме, оба овлашћења су *само могућности за повериоца, не и обавезе*. Он има право избора које ће овлашћење и у ком тренутку да реализује: једно, па друго или само једно. У том смислу се наводи да је дејство ретенције могуће окарактерисати и као: низ могућих сукцесивних избора повериоца-ретинента, који варирају у зависности од скупа околности конкретног случаја.¹⁴⁴⁶ Чињеница је да ретинент одмах по заснивању ретенције (чак и истог дана) може

¹⁴⁴⁴ Притом, интересантно је поменути један, додуше усамљени став, у доктрини да ретинент није само овлашћен на намирење из дужникове ствари, већ да га треба обавезати да ствар изложи продаји што пре, како дужника не би доводио у тежи имовински положај, јер је то прави циљ ретенције. Видети: М., Vuković, *Pravo trgovačke retencije*, str. 26. Са оваквим закључком се не можемо сложити, пре свега због јасне законске формулације, која ретинента само овлашћује на намирење, што је за њега само погодност, а не и обавеза. Ни судска пракса није склона таквом тумачењу. „Ovo pravo vjerovnika nije ujedno i njegova dužnost“. Iz presude Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, br. Pž. 8125/04 od 11. Srpnja 2007. Наведено према: Ј., Čuveljak, *nav. delo*, str. 48.

¹⁴⁴⁵ R., Lorenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, str. 90; Ј., Гуцуња, *Правна дејства ретенције према Закону о облигационим односима*, стр. 20; В., Vizner, *nav. delo*, str. 1151; В., Билбија, *nav. delo*, стр. 89; D., Medić, *nav. delo*, str. 530 i 532; U hrvatskoj doktrini ovakav stav zastupa: Ј., Čuveljak, *nav. delo*, str. 48.

¹⁴⁴⁶ Избор ретинента ће зависити од следећих околности: 1) аспирације повериоца; 2) могућности и потреба дужника; 3) повериоцеве процене веће целисходности вршења задржавања или намирења; и 4) промењених имовинских прилика једне или друге стране током трајања ретинирања.

обавестити дужника о планираном намирењу из његове ствари и да по истеку релативно кратког рока, одмах затим иницира и поступак намирења.¹⁴⁴⁷

Међутим, иако је тачно да ретинент бира које ће овлашћење од два законом призната да користи, у смислу логике и нужног временског следа догађаја - није замисливо изабрати намирење, без претходног, макар и најкраћег задржавања дужникове ствари. У том смислу је тачна већински прихваћена оцена домаће доктрине да постоји редослед између два законска овлашћења ретинента: логички мора прво бити вршено задржавање, а онда тек намирење. А неспорно је да ретинент може и одмах затражити намирење из дужникове ствари, али то не негира чињеницу да је пре тога било вршено задржавање (и у најкраћем временском интервалу). Стога не можемо закључити да је ствар слободног избора ретинента – сам временски след ова два овлашћења, јер је то технички немогуће.

Ипак, питање «односа супсидијаритета» између ова два овлашћења у оквиру ретенције је могуће посматрати не само у временском смислу, већ и у суштинском. Тада можемо поставити питање: да ли једно од ова два овлашћења има примаран, а друго супсидијаран значај, као садржина ретенције?¹⁴⁴⁸ Стиче се утисак да део доктрине и у том смислу оцењује: да је овлашћење задржавања од примарног значаја за реализацију ретенције и да стога мора бити вршено у неком (потенцијално дужем) временском интервалу, а да је намирење тек у улози допунског и секундарног овлашћења, што оцењујемо као неадекватно.

У хрватској доктрини такође постоји став којим се „отписује ранг учинака ретенције“¹⁴⁴⁹, као неусклађен са законском формулацијом и са циљем института.

¹⁴⁴⁷ Поједини домаћи аутори закључују да: с обзиром да је доспелост обезбеђеног потраживања услов настанка ретенције, „ретинент практично одмах по заснивању свог права може да тражи намирење из вредности задржане ствари“. Видети више код: Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 170.

¹⁴⁴⁸ *Cf. Z., Rašović, Zalogoprимчево право na државину i право retencije*, стр. 94. Овај аутор пореди право на државину ствари и „право ретенције залогопримца“, па ретенцију признаје: и као самосталан институт, али сматра да је она и саставни део заложног права. У том смислу он закључује следеће: „док је право на државину ствари уперено да одржи у животу реално право гаранције, дотле је у *бити права ретенције* да своју улогу *оснажења потраживања остварује, не као гаранција већ као средство принуде (притиска) на дужника*, са циљем да га примора да испуни своју обавезу“. Из овога произлази да аутор дејство ретенције, као средства принуде сматра примарним, у односу на дејство ретенције као средства намирења. До сличног закључка долази и други аутор, уз нешто другачију аргументацију: он сматра да *ретенција „тек кроз друго признато овлашћење – намирење поприма својство реалног обезбеђења за повериоачеву тражбину“*. Видети: R., Lorenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, стр. 90. Са оваквим закључком се не можемо сложити будући да се сва средства реалног обезбеђења потраживања реализују кроз две фазе: фазу притиска и фазу намирења. Стога и ретенција кроз дејство притиска на дужника такође показује особину једног реалног обезбеђења потраживања (уз извесне специфичности у својој статичној фази).

¹⁴⁴⁹ S., Petrić, *нав. дело*, стр. 330. Ауторка, по нашем мишљењу, оправдано закључује да односа супсидијаритета између ова два овлашћења нема, будући да би у тој ситуацији „дужник могао да блокира

Основна идеја ретенције је: заштита угрожених интереса повериоца, на један од два начина. А *окосница* целог института је: једнострана изјава воље повериоца. Дакле, ретинент је тај који „лоцира“ адекватнији начин заштите свог потраживања у сваком случају понаособ, одмеравајући понашање дужника.¹⁴⁵⁰ И наш је став да, суштински посматрано, овлашћење задржавања може бити „прескочено“ самом чињеницом кратког трајања, иако временски редослед ни у ком случају не може бити промењен. Дакле, прво задржавање, па намирење из дужникове ствари је једини редослед који је чињенично и логички могућ, иако се прва фаза може обеснажити њеним тако кратким вршењем да се оно заправо своди на невршење прве фазе (задржавања).

Оправдање максималног скраћивања ове прве фазе је у неким ситуацијама несврхисходност дужег вршења овог овлашћења; наиме, неоправдано је захтевати да поверилац најпре мора „неко време“ да задржава ствар (питање је колико дуго би то задржавање морало да траје, када законом минимум није одређен) у тој формално првој фази у реализацији ретенције, да би тек потом, у другој, „супсидијарној“ ретинент могао тражити намирење. Стога сматрамо да је суштински - ретинент тај који одлучује да ли ће и које овлашћење активирати, мада у формалном смислу – он ствар мора прво задржавати, макар и у најкраћој јединици времена.¹⁴⁵¹

Чини се да је централно правно-догматско питање у овом контексту: шта је заправо ретенција и чему она служи? У домаћем праву и у другим државама које ретиненту признају и *ius distrahendi* управо је овлашћење намирења – суштина ретенције. Због тога можемо закључити да је теза о супсидијаритету и тачна и није: тачна је у чињеничном, формалном смислу, јер задржавање логично мора претходити намирењу; а у суштинском смислу, она је условно тачна, јер се прва фаза заиста може елиминисати – моменталним преласком на фазу намирења.

повериочево намирење тиме што не би тражио предају ствари, а то сигурно није била намера законодавца“.

¹⁴⁵⁰ Ако дужник захтева предају ствари, поверилац ће је ускратити: и што више дужник жели повраћај ствари, то ће њено пролонгирано задржавање имати већи ефекат. Насупрот томе, у ситуацији где дужник ствар не тражи, задржавање је сувишно: доноси само трошкове ретиненту, губи се време беспотребно, у ситуацији када до добровољног намирења дуга ионако неће доћи.

¹⁴⁵¹ Стога се слажемо са оценом да ретинент може прво овлашћење, просто задржавање, да условно речено „прескочи“, уз једину обавезу да дужнику омогући тзв. „рок милости“ у ком му даје последњу шансу за добровољно измирења дуга. *Ibid.*

III Дејство ретенције према трећим лицима

Било да ретенцију одређују као средство притиска или као средство притиска и намирења, оба модела регулатива овом институту не одричу дејство према трећим лицима. Чак и када је редукована на фазу притиска, ретенција, као «моћ блокирања» издавања ствари дужнику, имплицира и могућност супротстављивости права задржавања трећим лицима,¹⁴⁵² што ретенција квалификује као титулара једне сликовито речено - «фактичке привилегије» (ипак, у питању право, правна власт, а не само чињеница). У сваком случају, она приватни интерес ретенција ставља испред свих осталих колидираних приватних интереса.¹⁴⁵³

У противном, када би ретенцији било признато строго релативно правно дејство (*inter partes*), дужник би било каквим накнадним располагањем ретенираном стварју могао лако да изигра повериоца-ретенција и укине ефекат дотада легитимног одбијања предаје ствари. Оваква импликација није у складу са циљем овог института, па су сви законодавци¹⁴⁵⁴ оправдано нормирали ретенцију као право које је шире супротстављиво.¹⁴⁵⁵ У хрватској доктрини се тако истиче да „унутрашња логика института“ захтева супротстављивост ретенције трећима. Наиме, ако је омогућено одбијање повраћаја ствари неуредном дужнику, оправдано је допустити повериоцу да одбије предају ствари трећим лицима, која су од дужника, у току трајања ретенције, стекла својину или неко друго право на ствари.

Неки аутори сматрају да је признавањем ретенцији шире супротстављивости, у извесном смислу, надомешћен недостатак права следовања ретениране ствари, са чим се ипак не можемо у потпуности сложити, јер право следовања подразумева могућност

¹⁴⁵² Дејство *possessory lien-a* према трећим лицима општеприхваћено је обележје у тамошњој доктрини и пасивних и активних *lien-a*. Предност у односу на повериоца – *lienor-a* имају сва трећа лица која су право на ствари стекла пре њега; са друге стране, право обезбеђења *lienor-a* на ствари има предност у односу на сва остала касније заснована права на оптерећеној ствари. Видети више код: Sykes, *op. cit.*, стр. 561.

¹⁴⁵³ У француској доктрини се истиче као важно ограничење ретенције – немогућност њеног супротстављања јавном интересу и његовим представницима. Видети више о томе код: Scapel, *op. cit.*, стр. 563.

¹⁴⁵⁴ Компаративном анализом различитих модела признатих дејстава ретенције, увиђа се да чак и у регулативама које ретенцији придају строго облигационо дејство (унутар главног дужничко-поверилачког односа), доктрина такође признаје извесно шире дејство, како сврха института не би била обесмишљена. Упоредити супротстављене ставове о овом питању у аустријској доктрини: Rummel, *Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten?* JBI 1977, стр. 521; Klang, II 545; Gschnitzer, *Sachenrecht*, стр. 233; Spielbücher, *Schuldverhältniss 256 ff und der OGH für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht in EvBI 1973/131; EvBI 1976/1, nicht aber für vertragliche Zurückbehaltungsrechte: JBI 1084, 143 mit Anm von Jabornegg. Cit to: Koziol, Welser, op. cit.*, стр. 89-90.

¹⁴⁵⁵ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 335.

вршења свог права против сваког трећег лица у чијим се рукама ствар нађе (бесправно или са слабијим правним основом) било када док право траје. Са друге стране, право ретенције садржи мање од тога: само одбијање предаје ствари било коме ко то од титулара захтева. Овај вид дејства према трећим лицима свакако превазилази оквире дејства *inter partes*, али се не може сматрати ни дејством *erga omnes* у правом смислу речи.

У улози трећих се налазе сва она лица која могу захтевати испоруку ствари по неком основу од ретинента, иако нису истовремено и у улози његовог дужника и то су: 1) *дужникови универзални, као и сингуларни сукцесори*; и 2) *власник ствари*, који није ретинентов дужник. Неки аутори¹⁴⁵⁶ појам трећег лица одређују још шире, подразумевајући под њим: свако лице које није повериочев дужник из главног, ретенцијом обезбеђеног правног односа.

1. У фази притиска

Дејство ретенције као средства притиска типично је за оба модела регулатива и делује двосмерно: према дужнику, али и према трећима, који не могу имати више права од дужника. И у регулативама које ретенцију редукују на средство притиска (попут француског, италијанског, немачког и аустријског грађанског права), без обзира на доминантно одређење ретенције као права облигационоправне природе, у тамошњој доктрини¹⁴⁵⁷ се сматра неспорним њено дејство и према трећим лицима.

Са друге стране, постоје и аутори¹⁴⁵⁸ (чији су ставови у мањини) који одричу ретенцији било какво дејство према трећим лицима. Тако се у аустријској литератури наводи следећи пример: ситуација предаје аутомобила на поправку аутомеханичару од стране условног купца (који још увек није постао власник), при чему предају аутомобила од механичара захтева условни продавац (који је још увек власник). С обзиром да механичар (поверилац) нема потраживање према њему, а ретенција је облигационо право обезбеђења потраживања - он нема право да ретинира такву ствар и мора је предати власнику. Поверилац се у овом случају налази у заблуди о својини, а

¹⁴⁵⁶ Ј., Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 26.

¹⁴⁵⁷ Више о томе видети код: Р., Basso, *op. cit.*, стр. 32 и даље; Barba, *Enciclopedia del diritto*, стр. 1382; Marty, Raunaud, *op. cit.*, стр. 32; L., Guioullard, *op. cit.*, стр. 433. О ефекту ретенције као „квази-привелегије“ видети више код: М., Planiol, *op. cit.*, стр. 777.

¹⁴⁵⁸ Видети: Koziol, Welser, *op. cit.*, стр. 89.

могућност ретинирања зависи од тога да ли је у конкретном правном систему могућа ретенција на туђој ствари (у својини трећег лица).

Ипак, у већини држава се ретенцији признаје шире правно дејство (а не искључиво *inter partes*), али у делу доктрине се обично наглашава да је то нуспродукт специфичног правног механизма овог института, као и деривације права трећег од дужника, а не последица стварноправне природе ретенције.¹⁴⁵⁹ Попут регулатива романског правног круга (ФГЗ и ИГЗ), сличност немачке и аустријске регулативе грађанске ретенције огледа се у начелно *ограничено* признатом дејству ретенције према трећима.¹⁴⁶⁰

А. Дејство према дужниковим правним сукцесорима. Било да је реч о универзалним, било сингуларним сукцесорима дужника, немогуће је не признати дејство ретенције према њима, макар искључиво на темељу начела да нико не може пренети на другога више права него што сам има. А будући да ова лица деривирају своја стварна или облигациона права на ствари од дужника, немогуће је да су овлашћени на оно, на шта ни сам дужник привремено није – због дејства приговора ретенције.¹⁴⁶¹ Тако, дужник преносећи својину (или неко друго право) на ствари преноси прибавиоцу и захтев на виндикацију, али право се преноси на стицаоца са свим ограничењима, међу којима је и право ретенције.

Оно што изазива контраверзе у доктрини ових земаља јесте питање: како објаснити превазилажење релативноправног оквира ретенције, која се тиче личности дужника и проширивање њеног утицаја на правну сферу трећих. Поједини аутори¹⁴⁶² ширу супротстављивост ретенције објашњавају правом на државину ретинента, док други ово овлашћење негирају, редукујући ретенцију на строго негативно право: да се свакоме ко ствар тражи каже не и то не на основу неког позитивног прерогатива, већ фактичке моћи признате законом. У делу француске доктрине је супротстављивост ретенције доведена и у везу са врстом конекситета у сваком конкретном случају, те је у случају материјалног конекситета неспорно призната општа супротстављивост

¹⁴⁵⁹ N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 42.

¹⁴⁶⁰ Видети: Staudinger, Gursky, J., *op. cit.*, стр. 383-384; Koziol, Welsch, *op. cit.*, стр. 89 i dalje.

¹⁴⁶¹ O., Palandt, *op. cit.*, стр. 346.

¹⁴⁶² О расправи немачке доктрине на тему постојања, односно непостојања права ретинента на државину ствари видети: O., Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2002., стр. 342; Staudinger, Gursky, *op. cit.*, стр. 383; H., Westermann, *op. cit.*, стр. 139-140. Ово питање се не сматра само правно-теоријски важним, већ и практично, будући да право на државину у немачком праву условљава доношење пресуде којом се тужбени захтев одбија, а ретенција иницира искључиво доношење пресуде са узајамно обавезујућим дејством тзв. *Zug um zug*, којим се тужбени захтев не одбија, већ само условљава испуњењем дуговане противчинидбе.

ретенције свим дужниковим правним следбеницима, док се дејство ретенције у случају правног конекситета сматра спорним. Неки аутори¹⁴⁶³ општу супротстављивост ретенције у овом моделу регулатива објашњавају: «аутономношћу института ретенције» и непосредним произилажењем из закона; при чему је време настанка права трећег на ретинираној ствари ирелевантно по блокирајућу моћ ретенције према свим трећим лицима.¹⁴⁶⁴

У француској доктрини¹⁴⁶⁵ се истиче да противник ретенције не мора бити и дужник обезбеђеног потраживања, те да ретенција не прати личност дужника, већ као акцесорно право, следи потраживање (као главно). Стога, докле год постоји неизмирено потраживање чијем обезбеђењу служи, ретенција постоји и дејствује према сваком трећем лицу¹⁴⁶⁶ које има интерес да је елиминише (као препреку испоруке ствари на коју је иначе овлашћен).¹⁴⁶⁷

Б. Дејство према власнику ствари (који није дужник). О могућности стицања ретенције од невластника регулативе првог модела се, по правилу не изјашњавају, што не чуди, будући да се у њима ређе прави паралела између ретенције и заложног права. Генерално, утисак је да што се више потенцира облигациона природа ретенције, мање се „толерише“ њено стварноправно дејство, иако је оно, макар у извесној мери, очигледно. Тако се идеја прихватања стицања ретенције на стварима трећих лица (аналогно правилима о стицању стварних права од невластника) у немачкој доктрини *a priori* елиминише, док став аустријске доктрине није тако ригидан.¹⁴⁶⁸ Насупрот томе, у швајцарској регулативи је експлицитно признато стицање ретенције на стварима у

¹⁴⁶³ С., Scapel, *op. cit.*, стр. 561.

¹⁴⁶⁴ У немачкој и аустријској доктрини се сматра да ретинент у овим регулативама има различно право – у смислу одбијања предаје ретиниране ствари у стечајну масу. Осим тога, привилегован је и у случају постојања материјалног конекситета између ствари и потраживања (када је потраживање садржано у ствари у виду трошкова, побољшања којима је повећана вредност ствари).

¹⁴⁶⁵ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 39.

¹⁴⁶⁶ Преглед француске судске праксе недвосмислено указује на правно дејство ретенције према трећима. Видети: 1ère Chambre civile, 24 septembre 2009, pourvoi n°08-10152, BICC n°717 su 1er mars 2010 et Legifrance. Consulter aussi, Com., 31 mai 1994, pourvoi n° 92-16. 505, Bull. 1994, IV, n°195 - Com., 3 mai 2006, pourvoi n°04-15. 262, Bull. 2006, IV, n°106 et la note de M. Delpech. Delpech (X.), *Opposabilité du droit de rétention au sous-acquéreur de bonne foi*, Recueil Dalloz n°34, 8 octobre 2009, Actualité jurisprudentielle, стр. 2275-2276. Le Corre (P-M), *L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement*, Dalloz n° 34, 4 octobre 2001, Chroniques, стр. 2815-2816.

¹⁴⁶⁷ У литератури се закључује да ретенција француског права не мора бити нужно оквалификована као стварно право да би имала овакво дејство, већ да је у питању само појачавање дејства дилаторног приговора према свима који захтевају предају ствари. Видети: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 336. Ово је међутим само једна од могућих интерпретација правне природе ретенције француског права, која ће детаљније бити разматрана у делу рада о компаративној анализи правне природе ретенције *de lege lata*.

¹⁴⁶⁸ Део тамошње доктрине прихвата ову тезу, док је други део негира, позивајући се на одсуство деривације код стицања ретенције од невластника. Видети: F., Gschnitzer, *Sachenrecht*, стр. 204; H., Klang, *op. cit.*, стр. 545. Cf. Rummel, *op. cit.*, стр. 521.

својини трећих лица, по правилима о стицању стварних права од невласника.¹⁴⁶⁹ Тиме је дејство ретенције према трећима у овој регулативи максимално проширено, у циљу свеобухватније заштите интереса савесног ретинента. У домаћем праву ово питање није изричито регулисано, али се у доктрини анализира могућност примене законске аналогије са стицањем ручне залогe од невласника.¹⁴⁷⁰

У наведеним регулативама је експлицитно одређено да је објекат ретенције искључиво „ствар дужника“¹⁴⁷¹, због чега се можда може стећи утисак да се ретенција не може стећи на ствари у својини трећег лица (недужника). Међутим и залога и својина се изузетно могу стећи и од невласника. У делу доктрине¹⁴⁷² се као контрааргумент истиче и да би се тиме прејудиицирала правна природа ретенције као стварног права (због настанка на начин типичан за *ius in re aliena*). Као кључни контрааргумент део доктрине наводи: одсуство деривације стицања ретенције – које код стицања залогe од невласника мора да постоји.¹⁴⁷³ Али, морамо приметити да се за примену аналогије тражи сличност, а не идентитет чињеничног стања. Пошто има аргумената и за и против, у сваком случају, за српско право *de lege ferenda* веома је важно изричито регулисање ове могућности (и прецизирање њеног обима), ради превенције неуједначених тумачења у пракси.¹⁴⁷⁴

В. Посредно дејство ретенције према трећим лицима. Можемо закључити да ретинент у фази притиска има право обезбеђења чији се ефекат постиже и посредно, тј. индиректно може довести и до намирања потраживања. Наиме, ненапуштајући посед ретиниране ствари, ретинент може да блокира и сваког правног следбеника дужника-власника ретиниране ствари и то: његове универзалне сукцесоре; сингуларне, као и остале повериоце.

¹⁴⁶⁹ Видети: чл. 933 и чл. 884 ШГЗ

¹⁴⁷⁰ О стицању залогe од невласника видети: N., Gavella, *op. cit.*, стр. 113; R., Lorenc, *Sticanje prava ručne zaloge od nevlasnika*, *Naša zakonitost*, br. 7–8, Zagreb, 1963.; N., Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Kragujevac, 2008.

¹⁴⁷¹ Видети: чл. 286 ЗОО

¹⁴⁷² S., Petrić, *nav. delo*, стр. 362. Са друге стране и сама ауторка истиче да чак и квалификација ретенције као облигационог права не легитимизује негирање оваквог стицања, по начелу ко може више, може и мање (ако је могуће стећи својину и залогу од невласника, зашто не би било могуће и ретенцију).

¹⁴⁷³ Међутим, кључна сличност постоји у чињеници да је титулар права у оба случаја савестан, да је објекат покретна ствар, било да је поверена или стечена од трговца, а коначно и ретенција може бити уговорна, као и залогa.

¹⁴⁷⁴ У домаћој доктрини се ово питање сматра спорним. Став којим се одриче дејство ретенције према власнику ствари који није уједно и дужник обезбеђеног потраживања заступа: J., Гуцуња, *Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима*, стр. 26-27. Насупрот томе, други аутори инсистирају на дејству ретенције и према власнику као трећем лицу – због принудне функције ретенције, која по природи ствари нужно остварује ефекте *erga omnes*. Cf. B., Vizner, *op. cit.*, стр. 1154.

Без обзира на тренутак настанка права трећих на ретинираној ствари, будући *ex lege* овлашћен да ствар не издаје (теоријски чак и *ad infinitum*), ретинент овим путем врши снажан притисак на сва трећа лица која желе да се домогну ствари.¹⁴⁷⁵ Та лица су, нарочито ако је ствар веће вредности од обезбеђеног потраживања, мотивисана и да измире дужников дуг, како би дошли до ствари. Тако ретенција постаје оружје са ефектом дуплог притиска (и на дужника и на његове сукцесоре), са последично већим шансама да дуг буде добровољно намирен.

Међутим, по нашем мишљењу, дејство ретенције у фази притиска је још значајније. Законом признато право на неиздавање ствари, неминовно дејствује и према осталим лицима: према свакоме ко покуша да издејствује предају и тиме услови престанак ретенције. Тако, у упоредном праву ретенција својим дејством спречава чак и стечајног управника (у случају стечаја дужника) да прекине фактичку власт ретинента на ствари.¹⁴⁷⁶ Тако, у ФГЗ се уводи законска конструкција замене објекта ретенције, који се трансформише у цену (из ствари у потраживање), што доктрина¹⁴⁷⁷ квалификује као својеврсно *обештећење* ретинента првенственим намирењем, због изгубљене фактичке власти на ствари (која му је дотад гарантовала првенство).¹⁴⁷⁸ Последица је добар положај ретинента, чак повољнији од реално обезбеђених) поверилаца.¹⁴⁷⁹ У италијанској регулативи се постижу слични ефекти, али другачијом законском техником. Наиме, повезивањем ретенције (као средства притиска) са законским привилегијама на покретним стварима (као средства намирења), дејство „класичне“ ретенције се максимално појачава додавањем овлашћења првенственог намирења *ex lege*.¹⁴⁸⁰

¹⁴⁷⁵ У регулативама првог модела се сматра спорним питање домашаја супротстављивости ретенције трећима: 1) да ли применом временског принципа *prior tempore potior iure* (по аналогији са рангом заложних права) ретенција може да се супротстави само касније заснованим правима на ствари; или је чак реч о 2) општој супротстављивости свим трећим лицима, чак и ако су њихова права на ствари стечена пре ретенције.

¹⁴⁷⁶ Сукоб интереса стечајног управника и ретинента у појединим регулативама се решава кроз различите правне механизме, а по правилу са последицом фаворизовања интереса ретинента. Видети више код: Barba, *op. cit.*, стр. 1383; Semiani, Bignardi, *op. cit.*, стр. 138.

¹⁴⁷⁷ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 340.

¹⁴⁷⁸ Оно што се у правној теорији оцењује као контраверзно у вези са овом трансформацијом објекта ретенције јесте одсуство реалне суброгације; наиме, право на ствари се сада замењује „правом на праву“ (потраживању), што је спорно – будући да ретенција француског права не дозвољава ретенцију потраживања (већ само ствари). Више о „неприродном изопачењу института“ ретенције, нарочито у контексту тзв. фиктивне ретенције видети код: N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 33.

¹⁴⁷⁹ Стога не чуди закључак појединих француских аутора који ретенцију називају: „*краљицом свих средстава обезбеђења потраживања*“. Са друге стране, правна природа ретенције овако ојачаног дејства постаје спорна: јер је реч о праву које се „понаша“ као законска привилегија, иако то није. Видети: S., Scapel, *op. cit.*, стр. 569.

¹⁴⁸⁰ У италијанској доктрини постоји спор на тему: да ли је овде реч о истој ретенцији (донекле измењене физиономије) или пак о различитим институтима (ретенција и/или законска привилегија). О томе видети

2. У фази намирења

1. *Ван стечаја*. У одређеним државама, укључујући и домаћу, дејство ретенције се допуњује овлашћењем намирења ретинента из вредности остварене продајом ретиниране ствари и то по правилима о намирењу залогопримца. Правна последица законског уподобљења положаја ретинента положају заложног повериоца јесте право првенственог намирења ретинента из ствари, пре свих других обичних поверилаца,¹⁴⁸¹ упркос „губитку“ државине ствари.¹⁴⁸² Осим тога, ретинент има и право првенства у односу на све друге реално обезбеђене повериоце на тој ствари, који имају заложно право лошијег ранга (*prior tempore potior iure*). Дакле, ретинент чије је право обезбеђења настало пре заложног права на истој ствари, имаће бољи положај у поступку намирења¹⁴⁸³. Међутим, упркос начелно признатом редоследу намирења ретинента као реално обезбеђеног повериоца, у делу швајцарске доктрине се прави разлика у редоследу намирења поверилаца-ретинената с обзиром на врсту конекситета у конкретном случају.¹⁴⁸⁴ Иако се доктринарно образложење овог става чини начелно оправданим, питање је да ли би врста конекситета смела да утиче на дејство ретенције, што би овде био случај.¹⁴⁸⁵

више код: Barba, *op. cit.*, стр. 1382; D'Avanzo W., Voce Ritenzioni (dirritto di), in *Novissimo Digesto*, Torino, Utet, 1969, стр. 174. Тако ретенција, првобитно замишљена као средство уношења реда у дужничко-поверилачке односе, истовремено уноси „неред“ у све остале правне односе који се тичу инволвиране ствари. То је последица дејства ретенције, као легитимног законског средства самозаштите ретинента.

¹⁴⁸¹ Начин и поступак намирења ретинента из вредности ретиниране ствари је прописан у чл. 18 новог ЗИО: „Više izvršnih poverilaca koji namiruju novčano potraživanje prema istom izvršnom dužniku i na istom predmetu izvršenja *namiruju se redosledom kojim su stekli pravo na namirenje*“.

¹⁴⁸² Притом, право првенственог намирења ретинента постоји без обзира на конкретног иницијатора принудне продаје ретиниране ствари: правне последице су исте и кад је ретинент иницијатор, као и када овај захтев уложи било који други поверилац.

¹⁴⁸³ У домаћем праву овај временски принцип при намирењу више различитих реално обезбеђених поверилаца на истој ствари потврђује чл. 200 новог Закона о извршењу и обезбеђењу, „Сл. Гласник РС“ бр. 106/2015. („Заложни повериоци стичу право на намирење *према времену стицања заложног права*...“.)

¹⁴⁸⁴ Тако се ретиненту у случају материјалног конекситета признаје право првенства чак и испред обезбеђених поверилаца на ствари са бољим рангом. Оваква последица се сматра правичном с обзиром на врсту обезбеђеног потраживања ретинента, а то су трошкови око ствари којима је њена вредност увећана.

¹⁴⁸⁵ Наиме, може се поставити питање: зашто би ретинент трошкова око ствари имао положај титулара законске привилегије, насупротив ретиненту ствари код свих осталих обезбеђених потраживања, који би имао правни положај заложног повериоца и право намирења по начелу *prior tempore potior iure*? Значајан део швајцарске доктрине критикује претходно изнети став. Видети: К., Ofinger, *op. cit.*, стр. 334. Са друге стране, редослед намирења се суштински разликује у грађанској и трговачкој области, у првој примененом временског принципа, а у другој – обрнутим редоследом. Стога нам се чини да је додељивање ретиненту једне „надпривилегије“ утолико смисленије у сфери трговачког права, а не цивилног.

2. У стечају. У моделу регулатива који ретенцији признаје и овлашћење намирења¹⁴⁸⁶, а у који спада и домаће решење из ЗОО, дејство ретенције у стечају је веома значајно, будући да је уподобљено правилима о намирењу залогопримца¹⁴⁸⁷. Тако, ретенција у стечају дејствује као *разлучно право*¹⁴⁸⁸, које свом титулару омогућава издвајање ретиниране ствари из стечајне масе и гарантује право на првенствено, одвојено намирење.¹⁴⁸⁹ У домаћем праву је ретенција експлицитно означена као *једно од разлучних права*¹⁴⁹⁰ и то Законом о стечају.¹⁴⁹¹ Ово је последица правила да се ретенција у стечају по свом дејству изједначава са залогом, што потврђује и судска пракса.¹⁴⁹²

Ипак, компаративном анализом ове проблематике, може се уочити различити третман појединих ретинената с обзиром на врсту потраживања, тј. с обзиром на врсту конекситета (везу између обезбеђеног потраживања и поседа ретиниране ствари). Тако, у хрватској¹⁴⁹³ и немачкој регулативи¹⁴⁹⁴ ретиненту се признаје разлучно право само у

¹⁴⁸⁶ О дејству ретенције у случају стечаја у швајцарском праву видети: А., Overbeck, *Schuldbetreibung und Konkurs nach dem schweizerischen Recht*, Zürich, 1926., стр. 116; К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 40.

¹⁴⁸⁷ Ипак, чак и првом моделу регулатива – конкретно у немачкој, доктрина не оспорава важност ефекта ретенције у стечају, која ретиненту покретне ствари придаје једно „апсолутно право“, са несумњивим дејством *erga omnes*. Више о томе видети: Staudinger, Gursky, J., *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 3: Sachenrecht, BGB, III §§ 985-1011, 2012.*, стр. 171.

¹⁴⁸⁸ Суштинско обележје разлучног права је право одвојеног намирења његовог повериоца, тзв. „сепаратисте – *ex iure crediti* и то: у потпуности (ако вредност ретиниране ствари то омогућава); мимо стечајних правила и независно од стечајних квота. Више о разлучним правима у домаћој регулативи видети: Ј., Гуцуња, *Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима*, стр. 22-23.

¹⁴⁸⁹ У швајцарском праву је ретинент дужан да преда ствар стечајном управнику, али задржава свој привилеговани положај и редослед намирења, будући да је његов правни положај изједначен са положајем залогопримца. О специфичном положају ретинента у својству *закуподавца и најмодавца пословног простора (не и стамбеног)*, на покретним стварима које је у објекат унео закупац видети: Чл. 286 ШЗО. Посебна правила о реализацији права овог ретинента у стечајном поступку видети у: чл. 283 и чл. 284 Швајцарског закона о стечају - *Schweizerische Konkurs Gesetz (Sch Kg)*. Реализацији намирења овог ретинента претходи издавање посебног: „документа о ретенцији“ који издаје надлежни државни орган који претходно пописује ове покретне ствари.

¹⁴⁹⁰ Разлучни повериоци су они који имају право првенственог намирења потраживања и то право одвојеног намирења из предмета разлучног права. Тако, потраживања поверилаца, која су пре отварања стечаја била обезбеђена заложним правом или ретенцијом, могу се намирити независно од покренутог стечајног поступка. Услов постављен Законом о стечају је само да су ова права благовремено стечена, конкретно: 60 дана пре отварања стечаја (чл. 49 ст. 3 Закона о стечају). У разлучне повериоце спадају: хипотекарни поверилац, заложни поверилац на покретној ствари, поверилац са фидуцијарно пренетим правом својине од стране дужника ради обезбеђења и повериоци са *правом задржавања (ретенција)*.

¹⁴⁹¹ Чл. 49 ст. 1 Закона о стечају Републике Србије: „Разлучни повериоци су повериоци који имају заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри и имају право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, односно наплате потраживања на којој су стекли то право.“ („Сл. гласник РС”, бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС и 83/2014). Чл. 49 ст. 2: „Разлучни повериоци нису стечајни повериоци. Ако је износ њиховог потраживања већи од износа средстава остварених продајом имовине на којој су стекли разлучно право, право на намирење за разлику у висини тих износа остварују као стечајни повериоци.“

¹⁴⁹² Одлука Савезног суда Гзс – 53/75, „Билтен судске праксе“, март, април, 1976., стр. 3, одл. бр. 13.

¹⁴⁹³ Чл. 83 Стечајног закона Републике Хрватске. О праву намирења ретинента у стечајном поступку у Хрватској видети више код: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 364-367.

случају постојања материјалног конекситета¹⁴⁹⁵, тј. када се ствар ретинира због трошкова које је поверилац имао око ње.¹⁴⁹⁶ Међутим, питање је да ли је овакав различити третман могућ у домаћем праву¹⁴⁹⁷ или у правима земаља из нашег окружења, у којима нема условљавања настанка ретенције конекситетом.

У домаћем позитивном праву (и у другим регулативама са истим решењем) оваквог подвајања нема у поступку намирења, будући да је ретенција призната: сваком повериоцу без разлике; да је гарантована *ex lege*; и да је њено дејство, бар у погледу реализације овлашћења намирења, експлицитином законском одредбом уподобљено правилима о намирењу залогопримца.¹⁴⁹⁸ Будући да је код одређивања ранга заложног повериоца релевантно време настанка права, овај критеријум нам се чини тренутно јединим прихватљивим и за начин намирења ретинента.¹⁴⁹⁹

IV Критички осврт на дејство ретенције у упоредном праву

Након подробне компаративне анализе дејства ретенције у домаћем и упоредном праву можемо закључити да је *општа тенденција* у свим регулативама из нашег узорка - *јачање (првобитно) признатог дејства* овог института.¹⁵⁰⁰ У швајцарској регулативи

¹⁴⁹⁴ У немачком InsO-у (Стечајном закону) различно право се даје само ретиненту чији су трошкови још увек инкорпорисани у ствари (очигледно је реч искључиво о ретиненту ствари из § 273 ст. 2 НГЗ, не и ретиненту чинидбе из става 1 истог члана). Видети: чл. 51 ст. 2.

¹⁴⁹⁵ Тада се првенствено намирење ретинента оправдава повећаном вредношћу ствари (чијим би се присвајањем остали повериоци неосновано обогатили), а која је инкорпорисана у ствар.

¹⁴⁹⁶ О ретенцији као различном праву у аустријском стечајном поступку видети код: М., Stubenrauch, *op. cit.*, стр. 680.

¹⁴⁹⁷ Насупрот томе, у немачком решењу овакав двојак приступ донекле има смисла, будући да се у тој регулативи: 1) прави суштинска разлика између грађанске и трговачке ретенције; 2) инсистира (у оба случаја) на услову конекситета; и коначно 3) ретенцији савесног држаоца ствари се у НГЗ признаје појачано дејство - намирења из вредности остварене продајом ствари, што је крупан изузетак од правила НГЗ. Ефекат ретенције као различног права се у НГЗ (као и у АГЗ) редукује само на одбијање предаје ствари стечајном управнику, тј. на њено издвајање из стечајне масе, а не и на првенствено намирење.

¹⁴⁹⁸ Ретинент свакако има право одвојеног намирења и ван стечајног поступка, покретањем поступка принудног извршења на ретинираној ствари. У сваком случају, ако се не намири у целисти из вредности остварене продајом ретиниране ствари (на којој има различно право), ретинент има право да се за остатак ненамиреног потраживања наплати из стечајне масе, као и остали, необезбеђени повериоци дужника.

¹⁴⁹⁹ Дакле, ретинент који своје потраживање пријави у стечајном поступку и означи предмет на који се односи његово различно право, имаће право првенства у односу на све необезбеђене повериоце, као и у односу на све реално обезбеђене повериоце чије је право настало након његовог. Поступак намирења ретинента у стечајном поступку спроводи се према правилима Закона о стечају.

¹⁵⁰⁰ Ово је заправо заједничка карактеристика регулатива које припадају европскоконтиненталној и англоамеричкој правној традицији; реч је о, чини се, приметном појачавању дејства ретенције (односно, *possessory lien-a*) додавањем овлашћења намирења базичном овлашћењу неиздавања ствари на захтев дужника. Техника којом то постижу регулативе англосаксонског правног подручја је озакоњење некадашњих *common law lien-a*; док поједине регулативе европскоконтиненталног права то чине: увођењем законских фикција (пр. француска регулатива); затим, путем увођења посебних модалитета ретенције појачаног дејства (пр. немачка регулатива ретенције савесног држаоца туђе ствари); као и повезивање класичне ретенције са законским привилегијама у италијанској регулативи и др.

иницијално је нормирана ретенција као ефективно право намирења потраживања, да би потом овај модел следиле домаћа и регулативе из нашег окружења.

Немачка и аустријска регулатива и даље традиционално одржавају концепт цивилне ретенције редукованог дејства, насупротив ретенцији тамошњег трговачког права (које је истоветног дејства као ретенција из ШГЗ). Ипак, НГЗ и АГЗ признају и изузетке, попут ретенције савесног држаоца, чије је дејство ојачано овлашћењем намирења, што је важно одступање од правила. Ови законотворци очигледно увиђају потребу за свеобухватнијом заштитом интереса ретинента, због чега овом модалитету ретенције појачавају дејство, приближавајући га максимално правима реалног обезбеђења потраживања. Ипак, тој тенденцији се одупиру по питању општег правила о цивилној ретенцији, остајући верни својој правној традицији.

Са друге стране француска и италијанска регулатива у доктрини слове за правне системе који усвајају модел: класичне ретенције; са претежно релативноправним дејством; ограничене на средство вршења притиска на дужника одбијањем повраћаја ствари; без типичних стварноправних дејстава: права следовања; права намирења и права првенства. Међутим, наш је утисак да ови законодавци покушавају *посредним путем* да ретенцији иницијално слабијег дејства обезбеде снажније ефекте. Уједно, они настоје да не наруше традиционални догматски концепт права задржавања – „етикетираног“ као права облигационог дејства.¹⁵⁰¹ Ове две регулативе, на два различита начина, оснажују ретенцију и то: 1) у фази притиска – признајући јој дејство које превазилази оквире дејства *inter partes*¹⁵⁰², те су и трећа лица дужна да се уздржавају од повреде права ретинента док ствар задржава,¹⁵⁰³ и 2) посредно обезбеђујући ефекат права првенственог намирења ретинента.

А. У *француској регулативи* је најпре судска пракса омогућила ретенцији право намирења у следећим фазама: а) најпре само ретиненту, који је и заложни поверилац; а потом 2) екстензивним тумачењем – сваком ретиненту. Последња и коначна фаза ојачања ретенције добила је законодавни епилог, када је француски законодавац изменом регулативе ретенције имплементирао у закон тековину судске праксе – а то је

¹⁵⁰¹ Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>).

¹⁵⁰² Ernest Désiré Glasson, *Du Droit d'accroissement entre co-héritiers et entre co-légataires, en droit romain. Droit de rétention, sous l'empire du Code Napoléon*, 1862; Augustin Aynès, *Le Droit de rétention : unité ou pluralité ?*, 2005.

¹⁵⁰³ Ретинент је и трећим лицима овлашћен да каже „не“ и да ако жели, ствар бесконачно, а легитимно задржава.

посредно исходовање права првенственог намирења ретинента.¹⁵⁰⁴ Наиме, изгубивши посед ретиниране ствари, ретинент губи фактичку привилегију коју му је пружала детенција ствари; међутим, ФГЗ му данас гарантује својеврсну *трансформацију ретенције ствари у ретенцију потраживања дела цене* остварене њеном принудном јавном продајом. А ако бисмо ту суму новца схватили као индивидуализовану ствар, могли бисмо констатовати да се овде догодила *суброгација објекта ретенције*¹⁵⁰⁵ - са ретиниране ствари на одређени износ новца. Ретинент тако добија различно, преференцијално право, које се само формално не назива стварним правом обезбеђења, иако то суштински јесте.¹⁵⁰⁶ Притом, крајњи ефекат није чак ни аналогна примена правила о рангу намирења залогопримца (код уговорне залогe), већ *довођење ретенције у ранг са законским привилегијама*.

Б. У *италијанској регулативи* оваквих законских измена није било, те се ретенција и даље строго дефинише као правна моћ, која овлашћује ретинента искључиво на одбијање повраћаја ствари дужнику (али и трећим лицима), а никако не даје могућност намирења, а још мање право првенственог намирења. Међутим, ово овлашћење не даје ретенција сама по себи; али када дејствује у спреси са тзв. „привилегованом ретенцијом“¹⁵⁰⁷, њено дејство се максимално појачава, те омогућава преференцијално намирење. Привилегована ретенција иначе представља посебно право, које се у ИГЗ признаје ретинентима за покретне ствари и за одређене категорије потраживања – трошкове и побољшања на ствари.¹⁵⁰⁸

Може се уочити заједничка тенденција различитих законодаваца (ИГЗ, НГЗ и АГЗ), а то је спремност да ретиненту признају јача овлашћења, али по правилу само када је реч о постојању материјалног конекситета, не и правног. Механизми којима се

¹⁵⁰⁴ Видети: чл. 2286 ФГЗ

¹⁵⁰⁵ Међутим, ово је свакако вештачка правна конструкција, јер је тешко признати ретенцију без детенције ретиниране ствари, што је врста ретенције коју ФГЗ иначе не признаје. Видети: Simler, Delebecque, *op. cit.*, стр. 396.

¹⁵⁰⁶ Питање које је дуго изазивало контраверзе у француској судској пракси је однос ранга титулара државинске (поседовне) ретенције у односу на титулара бездржавинске (регистроване) залогe коме је законом призната фиктивна ретенција. Измењеном одредбом ФГЗ је ова дилема коначно решена у корист титулара раније заснованог права обезбеђења (време стицања је одређено уписом у регистар залогe). Видети: чл. 2340 ФГЗ

¹⁵⁰⁷ Чл. 2756 ИГЗ

¹⁵⁰⁸ Насупрот ауторима који овде препознају два права различитог дејства и различите правне природе, други италијански правни писци истичу да је право ретенције јединствено, али да своје ефекте различито манифестује када је у конструкцији са овом привилегијом и када није. Ретенција и тада служи пасивној одбрани посуда ствари, а у функцији очувања привилегије и права првенственог намирења. Више о томе видети код: D'Avanzo, *op. cit.*, стр. 42. P., Vasso, *op. cit.*, стр. 31.

овај резултат постиже су различити, притом често сукобљени са базичним поставкама овог института у тим регулативама, али је исход свакако сврсисходан.¹⁵⁰⁹

V Дејство ретенције у ДЦФР-у

Дејство ретенције је у ДЦФР-у усклађено са већински прихваћеним дејством овог института у регулативама које чине наш истраживачки узорак. Наиме, и по ДЦФР-у ретенција не дејствује само према дужнику, већ и према трећим лицима.¹⁵¹⁰ Притом, творци ДЦФР-а су се определили за квалификовани модел ретенције, који осим права на задржавање дужникове ствари, омогућава и намирење, чиме се: „*класично право задржавања уздиже до праве реалне гаранције*“, која титулару¹⁵¹¹ омогућава првенствено намирење из вредности ретиниране ствари.

Као опште правило за одређивање ранга титулара различитих права стварног обезбеђења постављено је начело – *prior tempore potior iure*. Тако, према ДЦФР-у¹⁵¹² време стицања ових права одређује редослед намирења реално обезбеђених поверилаца.¹⁵¹³ Ранг истих или различитих права обезбеђења се одређује - према времену настанка права, а то је: а) време регистрације за бездржавинска обезбеђења и б) време настанка других ограничених стварних права, у која спада и ретенција.

Ипак, чини се да решење ДЦФР-а иде и корак даље; не само да ретенцију квалификује као једно од права намирења и као реалну гаранцију, која титулару омогућава првенствену наплату, већ и више од тога.¹⁵¹⁴ Наиме, по ДЦФР-у ретенција је квалификована као једна од *суперпривилегија* („*superpriority*“), која овлашћеном лицу

¹⁵⁰⁹ Нама се чини да је исти циљ могуће постићи на прихватљивији начин; без уношења компликованих правних конструкција; законских фикција; преплитањем различитих института, а чини се, само зарад оправдања става о правној природи ретенције. Очигледно је реч о институту који пробија границе строге поделе између облигационих и стварних права; који обавља улогу практичног и ефикасног средства реалног обезбеђења потраживања, а не обичног додатка потраживања са „строго облигационим дејством“.

¹⁵¹⁰ О дихотомији, различитом домаћају и значају персоналних и реалних права обезбеђења на нивоу ЕУ, као и на нивоу појединих националних регулатива држава чланица ЕУ видети детаљно код: A. de la Mata Muñoz, *Typical Personal Security Rights in the EU*, Max-Planck Institut, Mohr Siebeck, 2011., стр. 6 -15.

¹⁵¹¹ Као типични титулари права ретенције у коментару ДЦФР-а се наводе: сервисери, чувари ствари, складиштари, угоститељи и сл. лица. C. Von Bar, E. Clive, *op. cit.*, стр. 5447.

¹⁵¹² DCFR, Chapter 4: Priority, IX. – 4:101

¹⁵¹³ Што се начина намирења тиче, ДЦФР као правило за трговце предвиђа вансудску продају, а за нетрговце - судску, осим изузетно ако се по доспелости обезбеђеног потраживања, дужник сагласио са спровођењем вансудске продаје). Видети: DCFR, X. – 7:103: *Extra-judicial and judicial enforcement*. Начелна забрана уговарања *lex commissoria* (уз извесне признате изузетке) уређена је у: IX. – 7:105: *Predefault agreement on appropriation of encumbered assets*.

¹⁵¹⁴ Видети: DCFR, IX. – 4:107: *Priority of execution creditor*

обезбеђује првенство чак и пред раније насталим правима реалног обезбеђења.¹⁵¹⁵ Тако, у ДЦФР-у се њено дејство прецизира тиме што се истиче да је реч о правом државинском праву реалног обезбеђења потраживања које ужива „суперприоритет“ у односу на остала стварна права обезбеђења на истој ствари.¹⁵¹⁶ На овај начин, ретенција превазилази временски принцип рангирања стварних права и узрокује „померање“ редоследа намирена поверилаца на истој ствари.

Терминологија ДЦФР-а чак иницира и потребу за званичним увођењем термина – *надпривилегија* (или суперпривилегија), што отвара питање да ли је ретенција можда: законска привилегија *sui generis*, надпривилегија или право најсродније законском заложном праву. У сваком случају је намирена ретенција по ДЦФР-у првенствено, дакле испред других средстава обезбеђења, независно од редоследа у времену стицања. Разлог за то може бити чињеница да је у питању законско средство обезбеђења или да је пак, у питању особена законска привилегија, за шта морају постојати додатни разлози. Наиме, правило је да се привилегује намирена потраживања која су необезбеђена из посебних разлога, а потенцијално су ти, посебни разлози, кључ за одговор на питање да ли је и ретенција по ДЦФР-у законска привилегија или не.

У сваком случају, очигледно је реч о средству обезбеђења које је (по правилу) законског порекла (као и законско заложно право), те је објашњиво да зато има приоритет. Наиме, закон даје ауторитет неком средству из важних разлога, а код законског заложног права је то најчешће због потраживања државе (порези, доприноси и сл. средства од којих се држава финансира).

Оно што је сигурно је да је овакво решење врхунац еволуције права ретенције, као најдоследније спроведене идеје: *безизузетног неиздавања ствари до намирена сопственог потраживања*. Она би се као таква могла супроставити сваком лицу и условила би, у сваком поједином случају, неометано преференцијално намирена ретенција, реметећи редослед намирена свих осталих реално обезбеђених (а утолико пре и „хирограферних“) поверилаца. Уједно, ово би значило потврду оцене француске доктрине да је ретенција заиста „*краљица свих модерних реалних права обезбеђења*“.

Ипак, у погледу дејства, у ДЦФР се не прави већа разлика између ретенције трговца и нетрговца, што је у складу са тенденцијама јединственог регулисања овог права обезбеђења. Квалификована ретенција са правом намирена важи за свако лице у

¹⁵¹⁵ Видети: 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.*

¹⁵¹⁶ C. Von Bar, E. Clive, *op. cit.*, стр. 5448.

улози ретинента, независно од тога да ли јесте или није трговац, уз извесне разлике у реализацији овог права, тј. начину дозвољене продаје ретиниране ствари и др. Ретинент-поверилац, који је у ДЦФР-у означен општим називом: *security provider*, може бити трговац или потрошач (привредник или физичко лице).¹⁵¹⁷ Овакво решење је, чини се, последица свеопште комерцијализације савременог грађанског права (националног и међународног), а можда и утицаја решења из америчког Једнообразног Трговачког Законика (UCC). Пошто су ово модел-правила ЕУ, многе њене чланице мораће с временом да хармонизују своја национална решења са њима, за разлику од домаће државе, у којој овакав модел већ скоро 40 година функционише.

На основу свега претходно наведеног, јасно је да је очигледна тенденција у Европи, а и шире – ојачање ретенције на свим пољима: богатијом садржином; ширим објектом; једноставнијим и малобројнијим условима заснивања; ширењем круга субјектата; и приоритетом у намирењу. Дакле, циљ није сузбијање ретенције, већ што лакша и шири примена, што сматрамо „правцем будућности“ у еволуцији овог института.

VI Дејство ретенције у нацртима будућег грађанског права Србије

Постојећи нацрти будуће регулативе ретенције у српском праву садрже начелно иста или врло слична решења као и позитивно право у ЗОО.

А. *Нацртом* ГЗС је питање дејства ретенције регулисано на идентичан начин као у ЗОО, са следећим карактеристикама: 1. Признају се два ефекта ретенције, као могућа: задржавање (слабији) и намирење (снажнији); 2. Дејство ретенције на покретним и непокретним стварима није довољно разјашњено, те оставља бројне недоумице за примену норме и у будућој пракси.¹⁵¹⁸ 3. Задржава се јединствени концепт ретенције грађанског и трговачког права. 4. Задржава се и систематика ЗОО, те се ретенција регулише у облигационом делу законика, у одељку о мешању повериоца у права дужника, што по нашој оцени, није усклађено са упоредноправно признатим дејством ретенције и дејством у ДЦФР-у.

¹⁵¹⁷ W., Faber, *op. cit.*, стр. 27-36. Посебне одредбе које указују на разлику у третману ове две категорије лица у улози *security provider-a* су нпр: IX.-2:107 DCFR (о ограничавању глобалних права обезбеђења; права обезбеђења у будућим стварима и правима обезбеђења у будућим платама; права на пензију и еквивалентне приходе) и одређене одредбе које се односе извршење, као што су оне у IX.-7:103(2) и IX.-7:107 DCFR.

¹⁵¹⁸ Питање је: да ли су непокретности уопште укључене као могући објекат ретенције или јесу укључене, али са редукованим дејством – искључиво на овлашћење задржавања?

Б. Нацртом из 2011.¹⁵¹⁹ је проблематика дејства ретенције разрађенија у односу на решење Нацрта ГЗС. Позитивне карактеристике овог решења су следеће:

1. У законски појам ретенције је укључено и овлашћење намирења (што у дефиницији овог института у позитивном праву недостаје). 2. Однос два овлашћења која чине садржину ретенције, а којима се реализује њен ефекат, су прецизније одређена као: а) *право задржања и право намирења* (дакле, алтернативно или кумулативно) *за покретне ствари*; и б) *право задржања за непокретне ствари*. Ово решење је вероватно практична последица оцене дела домаће доктрине да је реализација овлашћења намирења на непокретностима „немогућа“, јер изостаје упис овог права у јавном регистру (те изостаје публицитет). Ово решење је притом, у складу са општим швајцарским моделом ретенције (ретенције покретних ствари, ојачане правом намирења); и моделом решења из ФГЗ, ИГЗ, НГЗ и АГЗ, који начелно дозвољава и ретенцију непокретности, али овај институт, по правилу, редукује на прво овлашћење – овлашћено одбијање издавања на захтев дужника. Ипак, мана оваквог предлога је то што садржински сужава овај институт на једном веома вредном објекту ретенције, који по важећем решењу (чл. 286 ЗОО) може бити ретиниран.

3. Као помак можемо оценити експлицитно регулисање стицања ретенције од невластника (односно, од неовлашћеног лица за располагање стварју),¹⁵²⁰ што у позитивном праву представља правну празнину. Сматрамо да је овом одредбом Нацрта дилема решена, дејство ретенције додатно ојачано (према власнику-недужнику), а права ретинента потпуније заштићена. Кључни *ratio* ове одредбе је заштита општег интереса – а то је заштита поверења у правном промету, што је свакако позитивно.

4. Као предност овог решења можемо навести систематику Нацрта, којом је ретенција коначно, у домаћем праву – по први пут, недвосмислено означена као особено реално право обезбеђења потраживања, међу сродним институтима – *iura in re aliena*.¹⁵²¹

¹⁵¹⁹ Чл. 522 ст. 1 Нацрта: „Право задржања је законом одређено право повериоца (задржалац) да дужникову ствар, односно хартију од вредности која је у његовој државини *задржи* док му се одређено или одредиво доспело потраживање не намири, и да, осим ако је ствар непокретна, то потраживање *намири* из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника.“

¹⁵²⁰ Чл. 524 Нацрта: „Поверилац потраживања из пуноважног правног посла уз накнаду, који је стекао исправну државину покретности на основу тог посла, стиче у часу доспелости потраживања право задржања те ствари *и ако она није дужникова, ако није знао ни могао знати* да ствар није дужникова, односно да не постоји овлашћење располагања.»

¹⁵²¹ Упркос одсуству права следовања, које представља важну карактеристику стварних права, ретенција ипак има кључне одлике ове групе субјективних грађанских права, попут: права намирења, права првенства, претежно апсолутног правног дејства и др. Стога је овим решењем ретенција, по нашем мишљењу, лоцирана на адекватном месту у грађанскоправном систему Србије и то: у стварноправном

VI ГЛАВА

РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД СЛИЧНИХ ИНСТИТУТА

Након позитивног дефинисања ретенције, готово подједнако је важно негативно одредити овај институт, тј. утврдити шта ретенција - није. Од настанка *ius retentionis* до данас овај институт се, иако већ увелико осамостаљен и начелно диференциран од других, ипак повремено у теорији и пракси не разликује од сродних института и то због: сличне функције, појединих заједничких карактеристика, услова настанка и правног дејства.

Стога сматрамо значајном анализу сличности и разлика између ретенције и појединих института стварног и облигационог права, са којима се она у литератури често доводи у везу. Утврђивање сличности условиће: ваљано одређивање вишег родног појма ретенције, па самим тим и њене правне природе и адекватног систематизовања, а нарочито одговор на питање да ли је ретенција подврста неког другог права или особено право. Утврђивање разлика омогућиће нам потврду самосталности и сврсисходности института ретенције у позитивном домаћем, али и у упоредном праву.

I Досадашња истраживања

У литератури се више домаћих и страних аутора бавило проблематиком односа ретенције са сличним институтима грађанског права, али уз различит обим и квалитет истраживачког узорка. Наиме, поједини аутори¹⁵²² су у својим истраживањима као ретенцији најсродније институте издвојили: приговор неиспуњеног уговора, заложно право и компензацију. Други аутори¹⁵²³ праве паралелу са претходна три института, али још и са: законским заложним правом (*privata pignoris captio*), са правом савесног држаоца туђе ствари на задржавање одвојених плодова, као и са ситуацијом када је

закону, у оквиру групе права реалног обезбеђења потраживања, након ручне залогe, као сродног института.

¹⁵²² Овакво тројако разграничење примењује: S., Petrić, *nav. delo*, str. 379-409; R., Lorenc, *Pravo zadržavanja, Ius retentionis*, str. 122-130; R., Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1280.

¹⁵²³ Ове институте, као сродне ретенцији, наводи аутор: B., Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, str. 1155-1156.

поверилац дужан да први испуни дуговану обавезу.¹⁵²⁴ Ипак, у домаћој литератури у већини су они аутори¹⁵²⁵ који разграничавају ретенцију само од ручне залогe, као права које се, готово општеприхваћено, сматра најсроднијим ретенцији у домаћем праву.

У страниој литератури се разграничење ретенције од сродних института врши с обзиром на, чини се, *a priori* заузет став ових аутора о правној природи ретенције. Тако, доктрина у регулативама које ретенцију претежно регулишу као облигационо право, прави поређење са сродним институтима облигационог права¹⁵²⁶; док доктрина регулатива које ретенцију конципирају као стварно право, са дејством *erga omnes*, пореде овај институт искључиво са правима реалног обезбеђења потраживања.¹⁵²⁷

Будући да ретенција има извесне сличности са обема групама права, ми ћемо покушати да је што свеобухватније и прецизније разграничимо најпре од: а) појединих института облигационог права; а затим и 2) од сродних института стварног права.¹⁵²⁸

¹⁵²⁴ Прегледом ставова изражених у домаћој доктрини могуће је издвојити и комбиноване моделе претходних разграничења ретенције и других института. Тако, поједини аутори као ретенцији најсродније анализирају само: компензацију и залогу. С., Бранковић, *нав. дело*, стр. 522. Други аутори пак потпуно изостављају залогу, а пореде ретенцију само са институтима облигационог права: *exceptio non adimpleti contractus* и компензација. Z., Stipković, *нав. дело*, 285-296.

¹⁵²⁵ Углавном је реч о ауторима који се нису опширније бавили овом проблематиком, већ сумарно, у оквиру проучавања неке шире теме. Видети: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 268-269; Д., Хибер, М., Живковић, *нав. дело*, стр. 172-173; Н., Планојевић, Стварно право у пракси, стр. 421; М., Lazić, *Prava realnog obezbeđenja potraživanja*, str. 94-95; D., Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, str. 533-538.

¹⁵²⁶ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 7 и даље.

¹⁵²⁷ Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 738 и даље.

¹⁵²⁸ Овакав редослед излагања имплицира концепт по ком се кроз историју ретенција најчешће у доктрини поредила са приговором неиспуњеног уговора; а данас најчешће са заложним правом.

II РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД ПОЈЕДИНИХ ИНСТИТУТА ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Најпре ће предмет поређења са ретенцијом бити два института облигационог права, а то су: компензација и приговор неиспуњеног уговора, са којима ретенција и у државама које је регулишу казуистички и онима које ретенцију уређују на општи начин има извесних сличности.

1. Разграничење ретенције од компензације

1.1. Појам компензације

Први институт облигационог права који се у доктрини већ дуго оцењује као донекле сродан ретенцији је компензација. Компензација представља узајамно измирење обавеза исте врсте између правних субјеката путем међусобног пребијања обавеза - потраживања.¹⁵²⁹ Правни писци¹⁵³⁰ га дефинишу и као: укидање обавезе обрачунавањем противтражбине коју дужник има према повериоцу. У свим законодавствима¹⁵³¹ компензација (пребијање) се регулише у облигационом закону у одељку о престанку облигација (гашењу обавеза). Странке које узајамно дугују и потражују, овлашћене су да сопствено потраживање користе као инструмент ослобађања од сопствене обавезе (под законом предвиђеним условима). У том смислу се пребијање већ у закону квалификује као особени начин престанка¹⁵³², а не обезбеђења потраживања.

¹⁵²⁹ Видети: Ј., Радишић, *нав. дело*, стр. 352.

¹⁵³⁰ М., Vedriš, *нав. дело*, стр. 253; V., Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 1998., стр. 459 i dr.; D., Petrović, *Prestanak obaveza – prijeboj (kompenzacija)*, „Naša zakonitost”, број 9-10/88, стр. 1109; B., Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, 2. knjiga, стр. 1235; Cigoj, *Komentar obligacionih razmerij*, II knjiga, Ljubljana 1984., стр. 1098.

¹⁵³¹ Чл. 336 ЗОО Републике Србије: „Дужник може пребити потраживање које има према повериоцу са оним што овај потражује од њега, ако оба потраживања гласе на новач или друге заменијиве ствари истог рода и исте квалитете и ако су оба доспела.“ Чл. 337: „(1) Пребијање не настаје чим се стекну услови за то, него је потребно да једна страна изјави другој да врши пребијање. (2) После изјаве о пребијању сматра се да је пребијање настало оног часа кад су се стекли услови за то. Чл. 338-343 ЗОО се односе на: услов узајамности компензационих потраживања, на застарело потраживање, случајеве искључења пребијања и урачунавање пребијањем.

¹⁵³² Ипак, преходни услов престанка оба потраживања компензацијом је њихова једнака вредност, јер у противном, мање потраживање се гаси, док се веће само смањује за износ мањег, дакле дешава се тек делимична компензација. Поверилац већег потраживања ће и даље имати право да захтева његово намирење у делу у ком није намирено пребијањем.

1.2. Карактеристике компензације

1. *Услови настанка.* У доктрини¹⁵³³ се истиче да постоји више врста компензације према основу настанка, али са ретенцијом највише сличности има тзв. *законска* компензација. Она настаје на захтев једне странке, ако су испуњени сви законом предвиђени услови и то: узајамност¹⁵³⁴, истородност (заменљивост),¹⁵³⁵ доспелост,¹⁵³⁶ утуживост¹⁵³⁷ и ликвидност¹⁵³⁸ потраживања која се пребијају.¹⁵³⁹

2. *Функције компензације.* Компензација представља једно практично, брзо, ефикасно средство намирења потраживања, али не само то. Њоме истовремено дужник остварује: а) намирење свог потраживања (а посредно и обезбеђење); али истовремено и б) ослобођење од своје, реципрочне обавезе. Последице пребијања су усклађене са начелом процесне економије, будући да се на овај начин знатно смањују трошкови поступка и постиже убрзање правног промета.

1.3. Сличности између компензације и ретенције

Сличности компензације и ретенције нису бројне, али ипак постоје. Поједини страни аутори¹⁵⁴⁰ су због тих неколико заједничких обележја чак и поистоветили ова два института. Ипак, највећи део доктрине их оправдано сматра различитим институтима.¹⁵⁴¹

¹⁵³³ О уговорној и судској компензацији као другим двома врстама у страној доктрини видети више код: Ruggiero, Maroi, *Instituzioni di diritto privato*, Milano, 1942., стр. 625; Planiol, Ripert, *op. cit.*, стр. 653.

¹⁵³⁴ Свака од странака мора уједно бити и поверилац и дужник противне стране. О узајамности потраживања као правилу и изузетима од овог правила видети више код: Krainz, Pfaff, Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1915., стр. 222.

¹⁵³⁵ Потраживања која се пребијају морају бити *res genera* и то ствари исте врсте, како би биле компензабилне (новац, али и друге заменљиве ствари исте врсте).

¹⁵³⁶ С обзиром да је ефекат компензације коначан, да доводи до принудног намирења потраживања, логичан предуслов њеног легитимног вршења је доспелост потраживања и противпотраживања.

¹⁵³⁷ Једнострана (законска) компензација представља вид принудне наплате; па, пошто пребијање замењује судску пресуду којом се налаже принудно плаћање (односно, касније и извршење), логична премиса је утуживост потраживања. Застарела потраживања могу бити компензабилна само ако је застарелост наступила након момента у коме су се остварили све законски услови за компензацију.

¹⁵³⁸ Krainz, Pfaff, Ehrenzweig, *op. cit.*, стр. 226. *Cf.* О спору у доктрини у погледу услова ликвидности потраживања, као претпоставке за вршење компензације видети више код: Z., Stipković, *nav. delo*, стр. 295.

¹⁵³⁹ Planiol, Ripert, Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1949, стр. 984.

¹⁵⁴⁰ Тако, ови аутори компензацију и ретенцију сматрају посебним начином принудног извршења у француском праву. Colin - Capitant, *op. cit.*, стр. 778 и даље; Rossel, Mentha, *op. cit.*, стр. 310.

¹⁵⁴¹ Söergel, *op. cit.*, стр. 557.

1. Заједнички извор ова два института датира још из римског права, а то је идеја *правичности и еквиваленције давања*.¹⁵⁴² Овај принцип оличава идеја *do ut des*. 2. У доктрини¹⁵⁴³ се често истиче да оба института имају улогу својеврсног „обезбеђења“ потраживања, те да имају „заједнички циљ“.¹⁵⁴⁴ Наиме и ретинент и компензант врше одређени притисак на другу страну са којом се налазе у облигационоправном односу: ретинент неиздавањем ствари на захтев свог дужника, власника ствари; а компензант одбијањем намирања дугованог свом компензату. 3. Процесно средство којим се оба института остварују је *приговор* (материјалноправни или процесни). 4. За вршење оба права неопходна је *изјава воље* овлашћеног лица: компензанта, односно ретинента. Правне последице не настају *ipso iure*, већ тек када се остваре сви услови законом предвиђени, а овлашћено лице да позитивну изјаву воље да ће ову привилегију искористити. 5. Разлози искључења примене ретенције и компензације се делимично преклапају.¹⁵⁴⁵ Наиме, у АГЗ су оба института забрањена (истом законском одредбом) у случају ствари „прибављених самовољно, одузетих преварно, узетих на послугу, оставу, датих у закуп или на употребу“.¹⁵⁴⁶ У домаћем позитивном праву такође се поједини случајеви искључења примене ова два института преклапају,¹⁵⁴⁷ а оно што им је заједничко јесте забрана употребе ова два института увек када је то противно *bona fides praestare*.¹⁵⁴⁸ 6. Коначно, компензација и ретенција својом техником реализације доприносе *процесној економији* - вођењу једне парнице уместо две.¹⁵⁴⁹

¹⁵⁴² Непоштено је и противно *bona fides praestare* захтевати од друге стране у облигационом односу нешто, а да притом нисмо у стању да испоштујемо контраобавезу према том лицу. Више о томе код: F., Korn, *op. cit.*, стр. 3. И компензација и ретенција настале су под утицајем афирмације *ius aequum*-а насрам строгог права *ius strictum*-а. Тако и: R., Lorenc, *op. cit.*, стр. 129.

¹⁵⁴³ Тако се у доктрини наводи да оба института „осигуравају вјеровничково потраживање тиме што му омогућују да не испуни обавезу ако не буде намирен“. Видети: S., Petrić, *nav. delo*, стр. 405.

¹⁵⁴⁴ Упоредити решење НГЗ и ФГЗ: у немачкој регулативи је неопходна изјава воље компензанта, а у француској не – дејство компензације, тј. престанак пребијеног потраживања је тренутно, чим се остваре законски услови. Видети: чл. 1290 ФГЗ. Више о овоме: Planiol, Ripert, *op. cit.*, стр. 650; Colin, Capitant, *op. cit.*, стр. 324.

¹⁵⁴⁵ О неким заједничким разлозима искључења ретенције и компензације у немачком праву видети: O., Palandt, *op. cit.*, р. 232.

¹⁵⁴⁶ Чл. 1440 АГЗ

¹⁵⁴⁷ У ЗОО је искључена ретенција, али и компензација код потраживања ствари или вредности ствари које су дужнику биле дате на чување или на послугу или које је дужник узео бесправно или их бесправно задржао. Видети: чл. 287 и чл. 341 ЗОО.

¹⁵⁴⁸ Тако су и компензација и ретенција искључене у случајевима када: постоји уговор са наглашеним елементом поверења; или када је ствар изашла из поседа дужника против његове воље (када је украдена или нестала, а не поверена); и када је ствар неуновчива (када нема новчани еквивалент).

¹⁵⁴⁹ Овај разлог је, по нашем мишљењу оправдање опстанка ових института и у савременим условима.

1.4. Разлике између компензације и ретенције

Разлике између компензације и ретенције су бројне; и не само квантитативно, већ и суштински указују на институте са различитим условима настанка, техникама реализације, дејствима и сферама примене.

1. Основна разлика између ова два института је у њиховој *природи*, тј. *циљу* који остварују: компензација представља начин *престанка* потраживања, а ретенција право *обезбеђења* потраживања.¹⁵⁵⁰ У француској доктрини¹⁵⁵¹ ова разлика се сликовито исказује на следећи начин: „компензација је виша законска техника; она је аутентичан начин плаћања, за разлику од ретенције која представља тек наду плаћања.“¹⁵⁵² Овакав став тамошње доктрине не чуди, будући да у француском праву ретенција не садржи право намирања. Коначна правна последица компензације је присвајање задржаног, док ретенција у крајњој консеквенци може довести тек до продаје задржаног, те посредно - и намирања њоме обезбеђеног потраживања. 2. Компензацијом се остварује *више циљева* у односу на ретенцију; основни циљ ретенције је да обезбеди потраживање, док је непосредни циљ компензације сложенији: да се укине туђе потраживање, истовремено намири своје, а тек посредни циљ је и да обезбеди тражбину (и то не непосредно, већ индиректно).¹⁵⁵³ Ипак, упркос вишефункционалности, дејство компензације је строго облигационог карактера (*inter partes*), док ретенција (па чак и када је редукована на средство вршења притиска) остварује истовремено и стварноправно дејство, што је последица природе објекта права задржавања (ствари, а не права).¹⁵⁵⁴ 3. У доктрини се као једна од разлика између ова два института истиче и

¹⁵⁵⁰ У доктрини се тако апострофира да је: „ретенција тек гаранција, а компензација – пленидба (приватно извршење)“. R., Logenc, *nav. delo*, str. 129. Овај аутор однос компензације и ретенције означава као однос јачег према слабијем, тј. као однос „праве пленидбе“ према „привременој“.

¹⁵⁵¹ N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 14; Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 14 и даље. До сличног закључка долази и старија немачка доктрина: F., Kogn, *op. cit.*, стр. 5 и даље. Поједини немачки аутори градирају по јачини дејства три института, оцењујући их као најсродније: 1) компензацију („као најјаче право“); 2) залогу (као „нешто слабије право“); и 3) ретенцију (као „право на слабијег дејства“ од три наведена). Видети више код: M., Volmer, *op. cit.*, стр. 7 и даље. Сличну паралелу у старијој домаћој доктрини прави: S., Branković, *nav. delo*, str. 522.

¹⁵⁵² Коначно, по својој правној природи компензација представља само особену законску технику неутралисања два компензацијна потраживања, док ретенција у већини регулатива представља субјективно грађанско право, са функцијом права реалног обезбеђења потраживања, строго акцесорног карактера. Насупрот томе, компензација није акцесоријум потраживања, већ аутентична техника његовог упрошћеног неутралисања. Ретенција је апендикс потраживања (додатак који му служи), док компензација не служи ни једном ни другом праву. Тако и: S., Branković, *nav. delo*, str. 522.

¹⁵⁵³ Z., Stipković, *Pravo retencije i neki slični instituti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br.3/1972, стр. 296.

¹⁵⁵⁴ Дејство обичне ретенције трећа лица обавезује да право ретинента поштују, те им ускраћује имовинске интересе које имају поводом ствари, док је дејство квалификоване ретенције према трећим лицима још снажније, будући да ретиненту омогућава првенствено намирање.

чињеница да су: *ефекти* компензације су *трајни*, а ретенције тек - *привремени*. 4. Услови у вези са прикладним потраживањем, као предусловом заснивања и вршења ова два права су такође различити.¹⁵⁵⁵ Очигледно је да су услови за вршење компензације строжи, те је ретенцију лакше засновати; што је и оправдано, будући да компензацијом потраживања престају, а ретенцијом се првенствено обезбеђују. 5. *Објекат* ретенције су (по правилу) индивидуално одређене *ствари* које се могу виндицирати, док је предмет компензације најчешће новчана *чинидба*, али и друге заменљиве, генеричке ствари (*res genera*). 6. Различитост објекта права компензације и ретенције узрокује и даље разлике између њих: објекат ретенције је ствар, која нужно мора бити у поседу ретинента; насупротив томе, објекат компензације је чинидба, која, будући нетелесне природе, не може ни бити у *физичкој апрехензији* компензанта. 7. *Конекситет* је у већини регулатива предуслов ретенције, за разлику од компензације. Последица тога је шира применљивост компензације од ретенције (али уз услов истоврсности потраживања). 8. Ретенција се може „отклонити“ *давањем другог средства обезбеђења*, за разлику од компензације. 9. Пропуштање вршења компензације у заблуди не значи и дефинитиван губитак ове привилегије. Наиме, ако компензат пропусти да компензује своје потраживање са туђим има „још једну шансу“; он може путем улагања тужбе *actio indebiti* захтевати натраг исплаћену суму.¹⁵⁵⁶ Насупрот томе, ретинент који је добровољно предао ретинирану ствар (па макар и у заблуди) губитком посуда ствари трајно губи могућност даљег вршења ретенције.

2. Разграничење ретенције од приговора неиспуњеног уговора

2.1. Појам приговора неиспуњеног уговора

Приговор неиспуњеног уговора се у већини правних система¹⁵⁵⁷ дефинише готово истоветно: као право једне стране у двострано-обавезујућем (синалгаматичком)

¹⁵⁵⁵ Услов доспелости потраживања је заједнички за настанак ретенције и компензације, мада је конституисање ретенције либералније будући да је изузетно, под одређеним законским условима, могућа и тзв. нужна ретенција (као обезбеђење недospelог потраживања). Предмет компензације су искључиво: а) *истоврсна (заменљива) потраживања*, што код ретенције није случај; б) искључиво *ликвидна* потраживања, док то није услов за ретенцију (бар не до фазе реализације намирања – у регулативама које преузимају квалификовани концепт ретенције); и в) искључиво *утужива* потраживања.

¹⁵⁵⁶ S., Branković, *nav. delo*, str. 522.

¹⁵⁵⁷ Чл. 122 ЗОО Републике Србије: „(1) U dvostranim ugovorima nijedna strana nije dužna ispuniti svoju obavezu ako druga strana ne ispuni ili nije spremna da istovremeno ispuni svoju obavezu, izuzev ako je što drugo ugovoreno ili zakonom određeno, ili ako što drugo proističe iz prirode posla. (2) Ali, ako na sudu jedna strana istakne da nije dužna ispuniti svoju obavezu dok i druga strana ne ispuni svoju, sud će joj naložiti da

уговору, у ком су странке иначе обавезне на истовремено узајамно (реципрочно) испуњење¹⁵⁵⁸, да одбије извршење дуговане чинидбе, све до намирења свог против-потраживања.¹⁵⁵⁹ Једна странка може захтевати од друге испуњење дугованог тек ако је сама претходно испунила своју обавезу према њој или барем показала спремност да своју обавезу испуни. У противном, истицањем приговора неиспуњеног уговора (*exceptio non adimpleti contractus*), страна уговорница настоји да издејствује пресуду на испуњење дугованог тек уз истовремено примање противчинидбе.¹⁵⁶⁰

2.2. Карактеристике приговора неиспуњеног уговора

А. *Услови настанка.* У литератури¹⁵⁶¹ се као премисе истицања овог приговора најчешће истичу следеће карактеристике: 1) постојање пуноважног уговора;¹⁵⁶² и 2) обе дуговане чинидбе морају бити узајамне и постојеће.¹⁵⁶³

Б. *Функција.* Улога приговора неиспуњеног уговора је чињење положаја уговорне стране сигурнијим. Наиме, ако би страна верна уговору испунила своју обавезу пре испуњења контраобавезе друге стране, изгубила би корисно средство приватне правде и самопомоћи, којим је до тада по закону располагала. Тиме би себе изложила опасности да предуго чека на испуњење уговорене контрачинидбе или да своје потраживање мора принудно да остварује у судском поступку.

2.3. Сличности између приговора неиспуњеног уговора и ретенције

На основу наведених карактеристика приговора неиспуњеног уговора у домаћем и упоредном праву могуће је уочити више сличности са ретенцијом:¹⁵⁶⁴ 1) корен им је

ispuni svoju obavezu kad i druga strana ispuni svoju". Видети и: § 320 и § 321 НГЗ; у аустријском праву видети чл. 1052 АГЗ; у италијанском праву видети чл. 1460 ИГЗ.

¹⁵⁵⁸ Z., Stipković, *nav. delo*, str. 291.

¹⁵⁵⁹ Захтевање испуњења дуговане чинидбе, условљено је претходним испуњењем или макар изражавањем спремности за испуњење сопствене обавезе. Притом, у француском праву не постоји посебна норма која регулише овај приговор, већ га доктрина изводи из овлашћења странке код синалгаматичког уговора. Collin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, II éd., tome II, Paris, 1920, стр. 80.

¹⁵⁶⁰ F., Gschnitzer, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Wien, 1965, стр. 56.

¹⁵⁶¹ Видети: Ennescegerus, Lehmann, *op. cit.*, стр. 132; F., Gschnitzer, *Schuldrecht, op. cit.*, стр. 55.

¹⁵⁶² Услов истицања приговора је остатак странке при уговору (јер у случају побијања уговора, онемогућава се примена *exceptio non adimpleti contractus*).

¹⁵⁶³ Услов постојања правног конекситета, као премиса ретенције и узајамност чинидби, које проистичу из истог правног посла код приговора неиспуњеног уговора, у француском праву представља најтешњу везу између ова два института, која се стога у овој регулативи отежано разликују. Видети: чл. 1184 ФГЗ (овом одредбом је дато право на раскид уговора, а тим пре је признато право на одбијање испуњења обавезе).

заједнички: произлазе из римског приговора *dolosa (exceptio doli)*; 2) *ratio* оба института су потреба за заштитом савесности и поштења у облигационом односу, правичности и еквиваленције узајамних давања (*bona fides; aequitas*); 3) процесно средство којим се остварују је *приговор*; 4) оба имају улогу својеврсног *приватноправног обезбеђења потраживања* (вршењем притиска на дужника), које се реализује техником *самопомоћи*; 5) оба института имају потенцијално *привремене ефекте*, дејствују док друга страна не испуни дуговану чинидбу (а не нужно коначне, за разлику од нпр. компензације)¹⁵⁶⁵; 6) *на исти начин се окончава парница*: доношењем пресуде да тужени испуни дуговану чинидбу уз истовремено испуњење противчинидбе тужиоца.¹⁵⁶⁶

2.4. Разлике између приговора неиспуњеног уговора и ретенције

Са друге стране, између ова два института постоје бројне разлике које олакшавају дистинкцију између ова два института.

1. Прва разлика је у чињеници да је *основ (извор) настанка* приговора неиспуњеног уговора искључиво *уговор* (и то по већинском схватању искључиво двострано обавезујући, синалгаматички)¹⁵⁶⁷, док је основ настанка ретенције *закон у ујезем смислу*¹⁵⁶⁸).¹⁵⁶⁹ 2. Правна веза између обезбеђеног потраживања и задржане ствари код примене ретенције може бити било које врсте: не само правни конекситет,

¹⁵⁶⁴ У доктрини постоје оцене да је кључна сличност ова два института у заједничкој идеји правичности и еквиваленцији давања. Видети: R., Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, str. 1280. Други аутори изводе три заједничке карактеристике ретенције и приговора неиспуњеног уговора и то: 1) заједнички историјски извор; 2) исти *ratio legis* и 3) исти начин остваривања заједничког циља – задржавањем. Видети: S., Petrić, *nav. delo*, str. 395-396.

¹⁵⁶⁵ О механизму функционисања приговора неиспуњеног уговора и односу са ретенцијом у француском праву видети опширно код: N., Catala Franjou, *op. cit.*, стр. 17 – 22.

¹⁵⁶⁶ У немачкој литератури се користи следећи назив за овакву пресуду: „*Zug um zug*“.

¹⁵⁶⁷ Овај став је доминантан у страној литератури. Видети: M., Planiol, *op. cit.*, стр. 328; K., Oftinger, *op. cit.*, стр. 354. Cf. Planiol-Ripert, *op. cit.*, стр. 602.

¹⁵⁶⁸ Ретенција може настати у вези са уговором, али и не мора (може настати поводом потраживања из једностраног правног посла, из штете од ствари, трошкова око ствари и сл. Тако и: B., Vizner, *nav. delo*, str. 1156. Дакле, ретенцијом се могу штитити и потраживања настала из вануговорних односа, чиме је њена сфера примене неупоредиво шира. H., L'et Mazeaud, *Lecon de droit civil*, tom I, 1962., стр. 1131.

¹⁵⁶⁹ Ретенција тако представља својеврсну „привилегију“ за повериоца било ког потраживања. Стога им је последично и тренутак настанка различит; наиме, приговор несипуњеног уговора настаје кад и уговор, на основу принципа *do ut des*. Насупрот томе, ретенција настаје тек када се (и ако се спонтано) остваре сви законски услови, а поверилац изјави вољу да ће вршити ову законом предвиђену „фактичку привилегију“.

већ и материјални¹⁵⁷⁰, привредно-економски (код трговачке ретенције), а чак је могуће и одсуство сваког конекситета, што је карактеристика бројних регулатива (па и домаћег позитивног права). Са друге стране, приговор неиспуњеног уговора подразумева постојање правног конекситета, схваћеног најуже, као каузалне везе између неиспуњене и очекиване уговорне чинидбе. 3. Право ретенције увек означава задржавање *ствари* (и то најчешће телесне), а приговор неиспуњеног уговора се односи на условно речено задржавање *чинидбе (одлагање извршења)*.¹⁵⁷¹ 4. Предмет ретенције је *туђа* ствар, а предмет на који се односи приговор неиспуњеног уговора је *сопствена* чинидба (или сопствена ствар)¹⁵⁷². 5. Ствар која се ретинира, по правилу, мора бити *индивидуално одређена*, за разлику од чинидбе која се „обезбеђује“ код приговора неиспуњеног уговора, која може бити и *заменљива*. 6. Једна од разлика које се истичу у литератури¹⁵⁷³ је и *недељивост* ретенције наспрам приговора неиспуњеног уговора.¹⁵⁷⁴ 7. Један од законом предвиђених начина престанка ретенције је давањем другог (заменског) средства обезбеђења повериоцу.¹⁵⁷⁵ Насупрот томе, приговор неиспуњеног уговора не може бити замењен било којим средством обезбеђења (јер ни он сам то није): дужник не може бити ослобођен своје уговорне обавезе, зато што се својеволјно обавезао на њено извршење. 8. Коначно, суштинска разлика између ова два института је у њиховом дејству: приговор неиспуњеног уговора је класичан облигационоправни институт, који постоји и делује само „унутар облигација“, не и ван њих и који строго

¹⁵⁷⁰ Разлику између ова два института је лакше направити у аустријском праву, које за ретенцију предвиђа искључиво услов материјалног конекситета, не и правног, за разлику од решења НГЗ, ФГЗ и ИГЗ, која дозвољавају и правни и материјални конекситет, као премису настанка ретенције.

¹⁵⁷¹ Дакле, иако је сфера примене ретенције иницијално шира, будући да се њоме може обезбедити свако потраживање (при испуњеним законским условима), објекат права је овде знатно ужи. Наиме, приговор неиспуњеног уговора омогућава ускраћивање било какве чинидбе из двострано-обавезујућег уговора, док се ретенција односи искључиво на одбијање повраћаја ствари и то ствари законом одређених квалитета. Тако и: Р., Ковачевић Куштримовић, М., Лазић, *нав. дело*, стр. 245.

¹⁵⁷² К., Oftinger, *op. cit.*, стр. 354. Дакле, ретенција нужно имплицира „присвајање“ дела својинских овлашћења власника на ствари, дајући право ретиненту на posed ствари; на овлашћено неиздавање; а у доминантном броју регулатива из узорка и на првенствено намирење из те ствари. Сва ова овлашћења ретинента потенцијално сугеришу обресе некаквог стварног права на туђој ствари, за разлику од приговора неиспуњеног уговора, који нити нужно подразумева постојање ствари; а још мање било каква права на тој ствари. Овај приговор се конституише, реализује и престаје искључиво на терену *сопствених чинидби (потраживања)*, које могу оличавати обавезу предаје ствари (*dare*), али и: чињење (*facere*), уздржавање (*non facere*), трпљење (*pati*).

¹⁵⁷³ У француској доктрини видети: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 15. У хрватској доктрини овај став заступа: С., Petrić, *нав. дело*, стр. 384 („*Čitava stvar jamči za čitav dug*“).

¹⁵⁷⁴ Једно од обележја овог приговора је немогућност истицања ако је испуњена дугована обавеза или бар њен претежни део, за разлику од ретенције, која се готово општеприхваћено у доктрини означава као недељиво право (које омогућава задржавање дужникове ствари у целисти све до потпуног намирења обезбеђеног потраживања).

¹⁵⁷⁵ Видети: § 273 ст. 3 НГЗ. *Ratio* оваквог решења је омогућавање дужнику-противнику ретенције да ослободи своју ствар коју није добровољно дао у залог, већ која му је против његове воље, непосредно на основу закона одузета.

делује *inter partes*, између повериоца и дужника, као сауговорача. Насупрот томе, ретенција је у свим регулативама нормирана као право са значајним дејством према свим каснијим стицаоцима права на ретинираној ствари, те је у том смислу неупоредиво снажније средство самозаштите.¹⁵⁷⁶ Свакако да је сличност приговора неиспуњеног уговора знатно израженија са обичном ретенцијом, него са квалификованом, будући да је друга наведена – једно развијено право реалног обезбеђења потраживања, најсродније залози, а тиме и врло удаљено од облигационих института.¹⁵⁷⁷ 9. Различито дејство ових инструмената заштите права имплицира и другачију правну природу.

¹⁵⁷⁶ Чак и у регулативама које ретенцију законом непосредно уређују као инструмент вршења притиска на дужника (без права намирења), њена природа јој омогућава општу супротстављивост. Ипак, у немачкој литератури се истиче да је у стечају дејство ова два института обрнуто: ретенција има статус различног права само изузетно, у случају постојања материјалног конекситета између потраживања и ретиниране ствари. Насупрот томе, приговор неиспуњеног уговора омогућава одбијање дугованог чак и у стечају повериоца будући да није реч о накнадном осигурању (већ иницијално насталом када и уговорна обавеза), као и да је овде реч о задржавању чинидбе, а не ствари (те се не узима ништа од стечајне масе) и не повређује начело једнаког намирења стечајних поверилаца. Насупрот томе, у француском праву се не прави оваква разлика у дејству ових института у стечају, већ оба института имају свој пун ефекат. Видети више о томе код: Seidel, *op. cit.*, стр. 184; S., Petrić, *nav. delo*, стр. 392; R., Lorenc, *Prava zadržavanja (Ius retentionis)*, стр. 128.

¹⁵⁷⁷ Немачко трговачко право конципира трговачку ретенцију као битно другачији институт од цивилне ретенције из чл. 273 НТЗ. Разлике су бројне, а кључне: објекат редукован на материјалну, покретну ствар; широко постављен услов конекситета; садржина проширена правом првенственог намирења; правна природа максимално уближена стварним правима на туђој ствари. Због свих ових обележја трговачка ретенција из чл. 369 НТЗ није институт близак приговору неиспуњеног уговора, те ни њихово разграничење није спорно.

III РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД ПРАВА РЕАЛНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

Након што смо претходно анализирали сличности и разлике између ретенције и компензације, односно приговора неиспуњеног уговора, као два донекле слична института облигационог права, на овом месту ћемо разматрати сличности и разлике ретенције у односу на права реалног обезбеђења потраживања. С обзиром да је у доктрини општеприхваћен став да ретенција има обезбеђујућу сврху; као и да је у упоредном праву готово безизузетно усвојено решење по коме је објекат ретенције *ствар*, логична је потреба за разграничењем ове гаранције од других средстава стварног обезбеђења потраживања. С обзиром да је предмет нашег разматрања у раду не само ретенција у домаћем, већ и у упоредном праву, овај институт ћемо разграничити од свих права реалног обезбеђења потраживања која познају регулативе из нашег узорка, а то су: фидуцијарни пренос својине; земљишни дуг; задржавање права својине; хипотека; регистрована залога; законско заложно право и ручна залога.

1. Разграничење ретенције од неакцесорних средстава обезбеђења

Будући да је претходно изабрани редослед излагања у раду од мање сличног, ка институту који са ретенцијом има више сличности, најпре ћемо разграничити ретенцију од два (начелно) неакцесорна средства обезбеђења, а то су: фидуцијарни пренос својине (у сврху обезбеђења) и земљишни дуг.

1.1. Разграничење ретенције и фидуцијарног преноса својине

1.1.1. Појам фидуцијарног преноса својине

У литератури¹⁵⁷⁸ се фидуцијарни пренос својине најчешће дефинише као особено право утемељено на правном послу којим једна страна уговорница (фидуцијант)

¹⁵⁷⁸ Z., Rašović, Stvarnopravna obezbeđenja na nepokretnostima u Crnoj Gori, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, - Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010., str. 621-622; N., Tešić, "Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja", *Pravni život* 10/2012, str. 107-115, str. 113; R., Vrenčur, "Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu" u: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen: Edition Temmen 2003, str. 291-

преноси својину у сврху обезбеђења намирења потраживања на другу страну (фидуцијара). Притом, ова лица уговарају да ће стварно дејство уговора бити уже од формалног, те да ће по остварењу одређеног услова, привремено пренето право бити враћено фидуцијанту (преносиоцу)¹⁵⁷⁹. Фидуцијарна својина представља условно стечено право својине на ствари, које условно овлашћује повериоца на првенствено намирење доспелог (фидуцијарно обезбеђеног) потраживања, ма код кога да се ствар налази.¹⁵⁸⁰

1.1.2. Карактеристике фидуцијарног преноса својине

1. *Позитивноправна регулатива.* У домаћем позитивном праву фидуцијарни пренос својине није законом регулисан¹⁵⁸¹, али се у пракси начелно сматра дозвољеним¹⁵⁸², будући да представља флексибилно средство добровољног осигурања потраживања.¹⁵⁸³ Услов његовог легалног конституисања јесте намера странака

303, str. 292; М., Лазић, Н., Планојевић, Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе, *Правни живот*, 2011, књ. 548, бр. 10, стр. 511-528.

¹⁵⁷⁹ Детаљно о овом институту у упоредном праву видети: М., Povlakić, "Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2003, str. 194–243, str. 212; N., Hadžimanović, Kritički prilog 1 o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u Jugoistočnoj Evropi, *Nova Pravna Revija*, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, broj 2/2012, str. 32 i dalje.

¹⁵⁸⁰ Притом, ово савремено право обезбеђења потраживања има за темељ римску варијанту фидуције: *Fiducia cum creditore contracta*, која је имала улогу заложног права, као претеча *pignus-a* и хипотеке.

¹⁵⁸¹ Фидуцијарни пренос потраживања је уређен у Закону о облигационим односима (чл. 445.), за разлику од фидуцијарног преноса својине. За разлику од домаће регулативе, већина осталих из нашег окружења (републике из састава некадашње СФРЈ) је законом уредила могућност фидуцијарног преноса својине. Када је у питању будуће српско право ни Нацрт ГЗС не садржи ову регулативу, а једини предлог закона којим је фидуцијарни пренос својине регулисан јесте Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2011. Чл. 633. и даље Нацрта: „(1) *Право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине* је право повериоца (повереника) који је уговором овлашћен да својину, поверену му ради обезбеђења потраживања (обезбеђено потраживање), врши на предатој му *покретности* (поверена ствар), а дужник, односно треће лице (поверавач) до намирења обезбеђеног потраживања има право очекиване обезбеђујуће својине. (2) Повереник може трећем лицу да пренесе своја овлашћења да ствар држи, употребљава и користи, не мењајући поверену ствар ни њену намену, а поверавач - своју очекивану обезбеђујућу својину. (3) Поверениково право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине, односно поверавачево право очекиване својине могу се уписати у јавном регистру.“

¹⁵⁸² Домаћа судска пракса се колеба у погледу питања да ли је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења допуштен у позитивном праву.

¹⁵⁸³ У циљу превазилажења недостатака државинских средстава обезбеђења потраживања (а пре свих, ручне залогe), европскоконтинентално право је изградило два механизма у циљу што адекватније заштите интереса обе стране – даваоца и примаоца обезбеђења и то: право задржања својине и фидуцијарни пренос својине. Са друге стране, англоамеричко право је изградило пандан овим институтима - *trust*. Више о појму и афирмисању фидуцијарног преноса својине у упоредном праву и паралели са установом *trust-a* видети код: А., Dyer, H. van Loon, Report on trusts and analogous institutions, Actes et documents, Proceedings of the fifteenth Session, Tome II, Trust applicable law and recognition, Hauge, 1985., стр. 60.

управљена на разилажење правних и економских ефеката овог посла,¹⁵⁸⁴ а нарочито да такво дејство није уговорено ради остваривања недозвољеног циља, нити изигравања прописа¹⁵⁸⁵. Са друге стране, у упоредном праву¹⁵⁸⁶ фидуцијарни пренос својине представља афирмисано право реалног обезбеђења, пре свега у: немачком¹⁵⁸⁷, швајцарском¹⁵⁸⁸, хрватском¹⁵⁸⁹, словеначком,¹⁵⁹⁰ праву Црне Горе¹⁵⁹¹ и др.

2. *Услови заснивања.* У доктрини се истиче да је за стицање фидуцијарне својине потребно испуњење следећа два услова: а) власник ствари дате у гаранцију може бити дужник, али и треће лице,¹⁵⁹² и б) мора постојати пуноважан уговор управљен на стварање права обезбеђења (стварноправни уговор),¹⁵⁹³ уз паралелно постојање

¹⁵⁸⁴ Формалноправно посматрано – власник оптерећене ствари је стицалац (фидуцијар), а фактички (економски) власник остаје претходник (фидуцијант). Z., Rašović, Stvarnopravna obezbjeđenja na pokretnostima u Crnoj Gori, *nav. delo*, str. 622.

¹⁵⁸⁵ Више о фидуцијарним правним пословима видети: А., Гамс, Нешто о фидуцијарним правним пословима, *Анали Правног факултета у Београду*, 1-2/1960., стр. 24 и даље. Љ., Ђуровић, Уговор о фидуцијарном преносу својине, *Правни живот*, бр. 10/1998, стр. 812 и даље.

¹⁵⁸⁶ У хрватском, македонском и црногорском праву могу се фидуцијарно преносити својина, као и друга права. У словеначком праву, само се својина на покретним стварима (чл. 63. и 201 СПЗ) и правима (чл. 207 и даље СПЗ) може фидуцијарно преносити, као и у предлогу домаћег Нацрта законика о својини и другим стварним правима из 2011. О особеностима фидуцијарног преноса својине, као особеног (нерегулисаног, али у пракси постојећег) права обезбеђења потраживања у француској регулативи: G., Ripert, R., Roblot., *Traite de droit commercial*, t. 2, Paris, 1996., стр. 713.

¹⁵⁸⁷ Видети: § 223 ст. 2 НГЗ. О карактеристикама фидуцијарног преноса својине у немачкој регулативи видети детаљно код: F., Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl., München, 1983., р. 590 и даље; Pottschmidt, Rohr, *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986., р. 178; Д., Стојановић, Б., Павићевић, *нав. дело*, стр. 215-232.

¹⁵⁸⁸ Видети: чл. 717 ШГЗ

¹⁵⁸⁹ У хрватском праву је правни основ за фидуцијарни пренос својине препознат у важећем Закону о извршном поступку чл. 273-279 (судско, односно нотаријално, добровољно обезбеђење). Осим тога сматра се утемељним и на основу Закона о власништву и другим стварним правима (чл. 34). Више о фидуцијарном преносу својине у хрватском праву код: Gavella, Borić, *Stvarno pravo u Hrvatskoj, Uvod i prevod tekstova* (Beč/Berlin), 2000., стр. 96-98; С. J. Holst, *Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi*, Gessellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, GTZ, 2003., стр. 90; Н., Ernst, “Stvarnopravna osiguranja na nekretninama u Republici Hrvatskoj” in: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Cavtat 2010, Vol. II*, Beograd 2010, стр. 576 i dalje; V., Knežević, J., Pak, *Založno pravo na pokretnim stvarima, Promene stvarnog prava u Srbiji, Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi*, Beograd, 2004., стр. 176 -177.

¹⁵⁹⁰ Видети: čl. 37. ст. 2. SPZ. Више о овом облику обезбеђења потраживања у словеначком праву видети: R., Vrenčur, „Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu” u: *Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen: Edition Temmen 2003, стр. 291–303.

¹⁵⁹¹ Видети: чл. 353 ст. 2 Закона о својинскоправним односима Црне Горе. Видети и: *Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine*, „Službeni list RCG“, 23/1996.

¹⁵⁹² У регулативама које дозвољавају фидуцијарни пренос својине на непокретностима (попут решења Црне Горе), додатни услов је и извршен упис у јавни регистар права на непокретностима, уз забележбу фидуцијарног преноса својине.

¹⁵⁹³ Облигационоправни ефекат фидуцијарног преноса својине јесте „везивање“ стварноправног дејства за посебан облигациони споразум, тзв. *pactum fiduciae*, који обавезује сауговораче на условни повраћај својине. Дакле, овај уговор је сложени правни посао који се састоји од два уговора: 1) уговор о преносу својине у циљу обезбеђења потраживања; и 2) уговор којим се ограничава фактичко дејство преноса. О правној природи овог уговора видети више код: Љ., Ђуровић, *нав. дело*, стр. 815. О форми овог уговора, као конститутивном елементу његовог настанка у праву Црне Горе, видети: чл. 353 ст. 2

посебног уговора (облигационоправне природе), који крије каузу првог правног посла.¹⁵⁹⁴

3. *Функција*. Иако фидуцијарни пренос својине представља најстарије право реалног обезбеђења потраживања (које је настало у римском праву као последица неразвијене технике права обезбеђења), оно данас фигурира у пословној пракси многих земаља (али и у неким законодавствима као институционализовано право обезбеђења), које успешно надомешћује недостатке ручне залогe.¹⁵⁹⁵ Иако може имати и друге функције¹⁵⁹⁶ његова најчешћа сврха је обезбеђујућа; настаје особеним дељењем својинских овлашћења на фидуцијанта и фидуцијара, уз способност прикривања дуга (његова предност), али и бонитета дужника (његов недостатак). Овај институт је одраз слободе уговарања облигационог права и начела диспозитивности, а његова афирмација у савременим условима је последица: особене правне природе, својстава, форме конституисања, дејства, а у делу и засебне сфере примене у односу на друга реална обезбеђења потраживања.

1.1.3. Сличности између ретенције и фидуцијарног преноса својине

На основу претходно наведених својстава овог института, можемо сумарно изложити његове *сличности* са ретенцијом у позитивном упоредном праву.

1. Ретенција и фидуцијарни пренос својине имају *заједнички „корен“* у римском праву, а то је *fides*.¹⁵⁹⁷ 2. Заједничка функција им је *обезбеђење* потраживања.¹⁵⁹⁸ 3. За разлику од поменутих облигационих института где је гаранција чинидба, овде је

Закон о својинскоправним односима Црне Горе. Видети: чл. 358 и чл. 378 Закона о својинско-правним односима Црне Горе.

¹⁵⁹⁴ Тако и: М., Lazić, *Reforma založnog prava u Republici Srbiji (mobilijarna hipoteka i hipoteka)*, *Evropski pravnik*, Novi Sad, april 2007, str. 84.

¹⁵⁹⁵ О томе више код: D., Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998., str. 272-273; A., Gams, *Osnovi stvarnog prava*, 8. Izd., Beograd, 1980., str. 200; O., Stanković, M.; Orlić, *nav. delo*, str. 72; A., Đorđević, *O fiducijarnim pravnim poslovima*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 5-6/1926., str. 344; R., Kovačević - Kuštrimović, *Грађанско право (Opšti deo)*, 1995., str. 166; Lj., Đurović, *nav. delo*, str. 824; Z., Rašović, *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997., str. 11.

¹⁵⁹⁶ Фидуција може бити уговорена и у форми *fiducia cum amico contracta*, као правни посао који је закључен претежно у интересу фидуцијанта и сл. Више о томе видети код: М., Lazić, *Reforma založnog prava u Republici Srbiji (mobilijarna hipoteka i hipoteka)*, *Evropski pravnik*, br. 2/2007, str. 84.

¹⁵⁹⁷ Најпре, у основи је *поверење* сауговорача, на коме оба института почивају (осећај моралне обавезности) и поштовање дате изјаве воље у чију се истинитост верује (као и у римском праву).

¹⁵⁹⁸ Ако дужник не намири обезбеђено потраживање о доспелости, ретинент квалификоване ретенције, односно фидуцијар реализују своје право обезбеђења.

телесна ствар објекат гаранције (по правилу покретна, а евентуално и непокретна).¹⁵⁹⁹

4. У литератури се истиче као карактеристика и „*привремено трајање*“ оба института.¹⁶⁰⁰ 5. Ова два права *нису права коришћења* (ретинент и фидуцијар током трајања односа обезбеђења не остварују економске користи од ретиниране ствари). 6. Заједничка одлика фидуције и трговачког концепта ретенције је право обезбеђеног повериоца на *првенствено намирење* из вредности оптерећене ствари. Последишно, сличност је и начелна забрана иницијалног уговарања *lex commissoria*.¹⁶⁰¹ 7. Осим дејства *inter partes*, оба института имају дејство и према трећим лицима (уз одговарајуће разлике).¹⁶⁰² 8. У стечају (начелно) оба института имају *статус различног права*, које омогућава издвајање оптерећене ствари из имовинске масе власника и гарантују засебно намирење.¹⁶⁰³ 9. Оба института служе *защити интереса повериоца* обезбеђеног потраживања.¹⁶⁰⁴ 10. Оба обезбеђена повериоца (ретинент и фидуцијар) су држаоци, те уживају *државинску заштиту и право на самопомоћ*. 11. Заједничка одлика им је и *спорна правна природа*.¹⁶⁰⁵

1.1.4. Разлике између ретенције и фидуцијарног преноса својине

1. Разлика пре свега постоји у *начелу акцесорности*: фидуција је по неким мишљењима право неакцесорног карактера (мада је ово питање спорно), а ретенција строго акцесорног.¹⁶⁰⁶ Ипак, механизам постизања акцесорног дејства креираног

¹⁵⁹⁹ Прегледом решења упоредног права увиђа се да се фидуцијарни пренос својине претежно користи за покретне ствари, али у појединим регулативама (право Црне Горе) је експлицитно регулисан као вид реалног обезбеђења и на непокретностима.

¹⁶⁰⁰ Начелно оба права имају улогу обезбеђења потраживања, што заиста инсинуира потенцијално краће трајање. Међутим, већ смо нагласили да ретенција може трајати и неограничено дуго (у зависности од жеља и потреба ретинента, односно у зависности од понашања противника ретенције).

¹⁶⁰¹ О могућности накнадног уговарања комисорне клаузуле видети: Д., Стојановић, Б., Павићевић, *нав. дело*, стр. 230.

¹⁶⁰² И ретенција и фидуција обавезују трећа лица да поштују право обезбеђеног повериоца. Ретинент је као такав носилац права бољег ранга (у моделу трговачке ретенције), док је фидуцијар према трећим лицима – власник ствари.

¹⁶⁰³ Више о правима и обавезама фидуцијанта и фидуцијара у стечају сауговорача видети више код: М., Лazić, *нав. дело*, стр. 85.

¹⁶⁰⁴ Тако и: М., Лazić, *Reforma založnog prava u Republici Srbiji*, стр. 84.

¹⁶⁰⁵ Интересантно је уочити да иако оба права имају функцију реалног средства обезбеђења потраживања, са друге стране поседују неке елементе правне моћи. Тако и: Д., Стојановић, *Стварно право*, 1991., стр. 303; З., Рашовић, *нав. дело*, стр. 65. Ипак, о њиховој блискости са заложним правом сведочи правило о супсидијарној примени неких одредби заложног права и на ретенцију и на фидуцијарни пренос својине. У хрватском праву ово правило је експлицитно предвиђено у чл. 297 II. Видети више код: С., Jessel Holst, *op. cit.*, стр. 90.

¹⁶⁰⁶ Део доктрине овај правни посао оцењује као несумњиво *неакцесоран*. Видети: С. Jessel Holst, *op. cit.*, стр. 90. („Приликом реформе Словенија и Хрватска су се свесно определиле за увођење фидуцијарне својине као средства обезбеђења и *неакцесорног права*, поред *бездржавинског заложног права* као

фидуцијарног обезбеђења је особен: остварује се путем посебног облигационог споразума, који крије каузу обавезивања и обавезу условног повраћаја фидуцијарне (подељене) својине. 2. *Основ настанка* им је различит: фидуција је *уговорног* порекла, док је ретенција *законског*. Фидуција представља вид *деривативног* стицања права, за разлику од ретенције, која настаје *оригинираним* начином (уз кумулативно испуњење свих законом предвиђених услова). 3. Ретенција је *државинско* право обезбеђења, за разлику од фидуције савременог права, која то не мора бити.¹⁶⁰⁷ Из ове разлике логично произлазе и оне које се тичу различите расподеле обавеза чувања, сношења трошкова око оптерећене ствари у поседу ретинента, односно фидуцијанта.¹⁶⁰⁸ 4. Фидуција је увек кумулативно: а) средство притиска на дужника и б) средство намирења. Она је право које формално посматрано, знатно превазилази циљеве обезбеђења¹⁶⁰⁹; оптерећена ствар је фидуцијарна својина, што је макар на први поглед, чини правом са *снажнијим правним дејством* од ретенције.¹⁶¹⁰ 5. Фидуција увек води намирењу, а ретенција само ако има својство квалификоване. 6. *Објекат* ова два права обезбеђења се *разликује*: ретинирана ствар је обавезно индивидуално одређена, а изузетно и индивидуализована генеричка; док је објекат фидуцијарне својине у упоредном праву много чешће него код ретенције генеричка, заменљива, збирна ствар, робни лагер, чак и будућа ствар, а потенцијално и имовина фидуцијанта (а не само поједино имовинско право).¹⁶¹¹ 7. *Својина* на оптерећеној ствари је у рукама различитих титулара. Наиме, услов ретенције је задржавање *туђе*, дужникове ствари; а насупротив томе, фидуцијар има право обезбеђења формално на *својој ствари* (која му је фидуцијарно пренета у својину).¹⁶¹² 8. Разлика постоји и у погледу *лица на чији терет* се средство обезбеђења *конституише*. Наиме, власник ретиниране ствари мора бити противник ретенције, док економски власник фидуцијарне својине (фидуцијант) може бити и дужник обезбеђеног

акцесорног средства обезбеђења“. Ово питање је у доктрини ипак спорно. *Сф. М., Лазих, Реформа заложног права...*, стр. 84. (Овај аутор закључује да је фидуцијарни посао „у суштини акцесоран“).

¹⁶⁰⁷ Ово је једна од значајних разлика између изворног облика фидуције римског права (која је представљала облик државинског права обезбеђења) и савремене *fiducia cum creditore contracta*.

¹⁶⁰⁸ Детаљније о правима и обавезама фидуцијанта и фидуцијара видети: М., Мићовић, *Савремена средства реалног обезбеђења банкарских кредита*, у: *Србија и Европско право IV*, ур. Д., Стојановић, Крагујевац, 1999-2000., стр. 278-281.

¹⁶⁰⁹ Д., Стојановић, Б., Павићевић, *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997, стр. 22.

¹⁶¹⁰ Ова разлика постоји у регулативама са концептом обичне ретенције, редуковане на право неиздавања дужникове ствари (као што су решења НГЗ, АГЗ, ФГЗ и ИГЗ).

¹⁶¹¹ О објектима фидуцијарног преноса својине (с нарочитим освртом на немачко право) видети више код: Д., Стојановић, Б., Павићевић, *нав. дело*, стр. 219 и даље.

¹⁶¹² У вези са тим је и следећа разлика: код ретенције нема несклада између економског и правног ефекта конституисаног права обезбеђења; док код фидуцијарне својине управо настаје несклад између имовине и имовинске масе фидуцијанта. Ствар остаје економски у имовинској маси фидуцијанта; а правно – припада имовини фидуцијара, као њеног формалноправног власника. Тако и: Лј., Ђуровић, *нав. дело*, стр. 825.

потраживања, али и треће лице.¹⁶¹³ 9. *Начин остваривања публицитета* ових права обезбеђења се разликује: док се ретенција манифестује вршењем (најчешће непосредне) фактичке власти на ствари, фидуцијар нема ствар у свом поседу, већ функцију публицитета фидуцијарне својине евентуално има упис у одређене јавне регистре. 10. *Правна заштита* ова два права се битно разликује: док се фидуцијарно пренета својина штити посебном облигационом тужбом, ретенција се штити искључиво државинским тужбама и путем самопомоћи. Ово је последица претходне разлике: фидуцијарни пренос својине садржи и *право следовања*, за разлику од ретенције. 11. Док је ретенција *институционализовано* право обезбеђења (и то већински регулисано у виду опште норме, а ређе казуистички), фидуцијарни пренос својине и даље по правилу функционише као нерегулисан у прописима већине земаља, али ипак допуштен у пракси.¹⁶¹⁴

1.2. Разграничење ретенције и земљишног дуга¹⁶¹⁵

1.2.1. Појам земљишног дуга

У домаћем позитивном праву су за сада регулисана два права реалног обезбеђења потраживања на непокретностима и то су: хипотека и право ретенције. Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011.,¹⁶¹⁶ као једним од предлога будућег права Србије, регулишу се и још два права реалног обезбеђења, а то су: фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења и *реални дуг*.¹⁶¹⁷ Међутим, само реални дуг представља потенцијалну новину у домаћем праву, а у Нацрту је регулисан

¹⁶¹³ Притом, разлика постоји и у статусу обезбеђеног повериоца као држаоца: наиме, ретинент (по правилу) држи ствар као несамостални, непосредни држалац, за разлику од фидуцијара који је у улози самосталног држаоца ствари у фидуцијарној својини.

¹⁶¹⁴ Ипак, мањи број регулатива га је законом регулисао у циљу заштите правне сигурности, али на уштрб његових предности у хипотези скривеног конституисања (пр. регулатива Црне Горе). Начелно, у француском праву се фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења сматра недозвољеним, иако се у литератури указује на постојање тзв. *contre-lettre* у чл. 1321 ФГЗ. Видети: М., Lazić, *nav. delo*, стр. 85.

¹⁶¹⁵ Као услов за одбрану докторске дисертације из члана 13 Правилника о пријави, изради и одбрани докторске дисертације, докторског уметничког пројекта Универзитета у Крагујевцу, овај део рада објављен је у часопису са листе министарства надлежног за науку: Право – теорија и пракса. Видети: А., Рајићевић, *Osvrt na sličnosti i razlike između zemljišnog duga i prava retencije*, ISSN 0352-3713, 2015, год. 32, бр. 7/9, стр. 25-36. [COBISS.SR-ID 513172912].

¹⁶¹⁶ Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011. доступан је на интернет адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>. Ова верзија је садржински измењена у односу на решење Нацрта из 2006. чији је текст доступан у књизи: Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије (*Auf dem Wege zu einem neun Sachenrecht Serbiens*), 2007, Београд, стр. 112-121.

¹⁶¹⁷ Видети: Део X, Право реалног дуга, чл. 584-632 Нацрта из 2011. Насупрот томе, Нацртом грађанског законика Србије, чија је јавна расправа у току, ова два права реалног обезбеђења потраживања нису регулисана.

по узору на немачку регулативу земљишног дуга.¹⁶¹⁸ У ситуацији постојања права ретенције, поред хипотеке, поставља се питање оправданости увођења земљишног дуга у домаћем стварном праву, с обзиром на неку евентуално допунску функцију коју ово право врши.

Земљишни дуг се у НГЗ најсажетије одређује као: право да се из вредности оптерећене непокретности наплати одређена сума новца.¹⁶¹⁹ Нацртом¹⁶²⁰ је својство независности (неакцесорности) реалног дуга – изричито регулисано, што је корисно прецизирање. На основу претходно наведеног, земљишни дуг можемо дефинисати као: ограничено стварно право на туђој (или сопственој) непокретности неакцесорног карактера, које као средство обезбеђења или у некој другој функцији овлашћује титулара да, по његовој доспелости, из вредности оптерећене ствари наплати одређени новчани износ (износ земљишног дуга).¹⁶²¹

1.2.2. Карактеристике земљишног дуга

1. *Позитивна регулатива земљишног дуга.*¹⁶²² У немачком праву земљишни дуг је уређен у свега седам параграфа¹⁶²³, за разлику од хипотеке, уређене са чак 87 параграфа.¹⁶²⁴ Ова нормативна неуједначеност упућује на 2 могућа закључка: 1) тадашњи немачки законодавац није могао да предвиди експанзију овог средства осигурања у пракси;¹⁶²⁵ 2) предност је дата квантитативном нормирању хипотеке, као института са дужом правном традицијом.¹⁶²⁶ С обзиром да је данас земљишни дуг у

¹⁶¹⁸ Земљишни дуг је у немачком праву регулисан у параграфима: §1191 до 1198. Немачки грађански законик (интернет адреса: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/).

¹⁶¹⁹ Овакав појам изведен је из § 1191 НГЗ, у ком је титулар овог права назван *повериоцем земљишног дуга*. Ово лице је овлашћено да захтева судску продају оптерећене непокретности и да из вредности остварене продајом наплати износ земљишног дуга.

¹⁶²⁰ Дефиниција реалног дуга садржана у чл. 584 Нацрта.

¹⁶²¹ Више о појму и врстама земљишног дуга у упоредном праву видети: А., Павићевић, *Vrste zemljišnog duga kao realnog sredstva obezbeđenja*. *Pravni život*, ISSN 0350-0500, 2014, knj. 572, br. 10, str. 435-452.

¹⁶²² Интересантно је поменути да је словеначки законодавац у Стварноправном законнику из 2002. регулисао земљишни дуг као једно од стварних права обезбеђења потраживања, а каснијим изменама законика дошло је до укидања ових одредаба. Видети: *Zakon o spremembah Stvarnopravnega zakonika – SPZ-a* (Uradni list RS, št. 91/13 z dne 5. 11. 2013).

¹⁶²³ Видети: §1191 до § 1198 НГЗ

¹⁶²⁴ § 1113 – 1190 НГЗ

¹⁶²⁵ Немачки банковни промет из материјалних разлога фаворизује у новије време земљишни дуг, нарочито уместо хипотеке са максималним износом. Н. Westermann, *Sachenrecht*, стр. 566.

¹⁶²⁶ А. Дежман, *нав. дело*, стр. 616.

немачкој пракси готово потиснуо хипотеку,¹⁶²⁷ често се истиче да је значај ових института обрнуто пропорционалан обиму регулативе.¹⁶²⁸

Разлика предлога Нацрта из 2011., у погледу места законског нормирања реалног дуга и хипотеке, у односу на претходно поменуте регулативе је у одвојеном регулисању ова два института. Питање систематике овог института је значајно јер зависи од претходног одређења правне природе земљишног дуга као: а) врсте заложног права или б) права *sui generis*.¹⁶²⁹ Ово питање је нарочито значајно за наше истраживање, будући да исте дилеме постоје у доктрини и по питању систематике и одређивања правне природе ретенције.

2. *Услови заснивања*.¹⁶³⁰ За настанак земљишног дуга у немачком праву¹⁶³¹ неопходна су 2 елемента:¹⁶³² 1) *стварноправна сагласност* (којој обавезно претходи облигационоправни споразум – акт обавезивања) *о оснивању земљишног дуга*; 2) *упис* (начин стицања у ужем смислу). Евентуално, трећи елемент је: *издавање писма земљишног дуга* (уколико се заснива у писменом облику),¹⁶³³ али он није нужан, будући да земљишни дуг може настати и као књижни, уз могућност накнадног претварања у облик писма. У Нацрту се такође прави ова разлика у фазама настанка с обзиром на форму: регистарски земљишни дуг или у облику писма.¹⁶³⁴

3. *Функције земљишног дуга*. Начело савесности и поштења код земљишног дуга забрањује злоупотребу посебног односа поверења странака, која би могла довести до повреде интереса дужника земљишног дуга, због различитих ефеката реализације

¹⁶²⁷ Краткорочни кредити се у пракси скоро у целости обезбеђују земљишним дугом, а и код дугорочних инвестиционих кредита све учесталије. Приближно 81% обезбеђења на непокретностима чини земљишни дуг, наспрам 19% хипотеке. F. Baur, Lehrbuch des Sachenrecht, München, 1999. (Baur - Stürner), str. 506; R. Vrenčur, *Zemljiški dolg*, Revizor: revija o reviziji, letn. 19, št. 2/2008, str. 68.

¹⁶²⁸ Д. Медић, *нав. дело*, стр. 604. Швајцарска регулатива института који је пандан немачком земљишном дугу садржана је у: чл. 842-846; 854-865 ШГЗ. Опште одредбе важе за све облике залог: чл. 793-823 ШГЗ.

¹⁶²⁹ Док је земљишни дуг у упоредном праву регулисан у оквиру заложних права на непокретности, у Нацрту је издвојен у посебну главу X (након регулисања хипотеке у глави IX), што је у делу теорије критиковано као несврсисходно. Алтернатива, предложена од стране критичара Нацрта је: „...регулисање *права залог* на непокретностима заједно у глави X Нацрта, ради очувања функционалне повезаности“. Видети: U. Drobnig, *Ка новом стварном праву Србије*, Београд, 2007, стр. 162.

¹⁶³⁰ О особеностима решења ШГЗ видети: чл. 856 ШГЗ; чл. 856 став 2 ШГЗ.

¹⁶³¹ Дејство апстрактности и неакцесорности земљишног дуга у немачком праву огледа се у томе што ће земљишни дуг пуноважно настати и ако: потраживање, поводом чијег обезбеђења он настаје, није пуноважно настало, па чак и у случају непуноважног уговора о сврси осигурања. Ово је последица дејства принципа *раздвајања акта обавезивања и акта располагања* у немачком праву, при чему ниједан упис у јавни регистар није каузалан, већ апстрактан.

¹⁶³² § 873 НГЗ. Ово су елементи стицања свих стварних права у НГЗ.

¹⁶³³ § 1117 НГЗ. F. Baur, Lehrbuch des Sachenrecht, München, 1999; Baur, Stürner, *op. cit.*, стр. 507.

¹⁶³⁴ Чл. 608 и чл. 610 Нацрта

земљишног дуга на стварноправном и на облигационом нивоу.¹⁶³⁵ У том смислу, начелна неакцесорност земљишног дуга, термилолошки, али и суштински, све више, оправдано, уступа место појму: *квазиакцесорност*.¹⁶³⁶ Иако је земљишни дуг независно право, „повезивање“ са обезбеђеним потраживањем се ипак врши на облигационоправном нивоу.¹⁶³⁷ Земљишни дуг тако постаје посредно осигуравајући, а ипак не губи својство неакцесорности.¹⁶³⁸

Ово кориговање домашаја примене права земљишног дуга је заједничко са ретенцијом у првој и основној функцији ових права обезбеђења потраживања. Ипак, за разлику од ретенције, земљишни дуг као неакцесоран може имати и друге намене.¹⁶³⁹ могуће је и самостално заснивање реалног дуга; правно располагање земљишним дугом (као самосталном имовинском вредношћу), па и наслеђивање; или само чување ранга зарад евентуалног обезбеђења будућег потраживања. У складу са различитим улогама које овај институт може вршити, немачко право разликује више врста земљишног дуга.¹⁶⁴⁰

3. *Начела земљишног дуга*.¹⁶⁴¹ Осим што врши већи број функција, што постоји у више варијетета и што је комплекснији институт од ретенције, земљишни дуг карактеришу и особена начела, која га класификују у реална права обезбеђења потраживања *sui generis*. Ретенција је институт на који се често примењује аналогија са залогом, као најсличнијим правом обезбеђења, док за земљишни дуг ово правило важи само делимично. Начела земљишног дуга су сва стварноправна начела,¹⁶⁴² три (коригована) заложноправна и два посебна: 1) *заложноправна* начела: официјелност,

¹⁶³⁵ Ако упоредимо уговор о заснивању земљишног дуга са уговором о фидуцијарном преносу својине, увиђамо сличну технику грађења «посредне каузалности». О овој проблематици видети више код: Н. Gaberdiel, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 7 neu bearbeitete Aufl, Deutsche Sparkassen Verlag, Stuttgart, 2004, стр. 247; Cf. Н. Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, стр. 810; Eickmann in Münchener Kommentar, § 1191 Rn 10, str. 2086. У домаћој доктрини: А. Гамс, Нешто о фидуцијарним правним пословима, стр. 31; Љ. Ђуровић, *нав. дело*, стр. 820; Т., Ђурђић, *Фидуцијарни пренос права својине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, год. 45, бр. 2/2011, стр. 493.

¹⁶³⁶ Meyer, Т., (2005). „Kvaziakcesornost zemljišnog duga u njemačkom pravu“, u: Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse (3), Mostar, str. 427.

¹⁶³⁷ Vrenčur, R., (2008). *Zemljiški dolg, Revizor: revija o reviziji*, letn. 19, št. 2, str. 70.

¹⁶³⁸ Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherheiten*, стр. 703; Softić Kadenić, D., *Između akcesornosti i neakcesornosti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, L III (2010), str. 397.

¹⁶³⁹ М., Живковић, „О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије», *Зборник радова Актуелна питања грађанске кодификације*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2008, стр. 195.

¹⁶⁴⁰ Обезбеђујући и изоловани земљишни дуг (подела према критеријуму сврхе); својински и несвојински (подела према титулару); књижни и у облику писма (с обзиром на начин заснивања и каснијег преноса земљишног дуга). Видети: Baur, Stürmer, *op. cit.*, стр. 506; Brehm, Berger, str. 297; А., Dežman, *Zemljišni dug, Pravni život*, 10/2005, str. 617.

¹⁶⁴¹ Опширније о начелима земљишног дуга видети: А., Павићевић, *Начела земљишног дуга као реалног средства обезбеђења*, *Зборник радова*, 2014, год. XLVIII, бр. 2, стр. 459-475.

¹⁶⁴² Видети више код: Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998., стр. 2-4.

недељивост и специјалност и 2) *посебна* начела: квазиакцесорност и „унутрашња“ апстрактност.¹⁶⁴³

1.2.3. Сличности између ретенције и земљишног дуга

На основу претходно наведених својстава права ретенције и земљишног дуга, могуће је уочити следеће сличности између ова два института: 1) оба института су непосредно повезана са концептом савесног вршења права (*bona fides praestare*);¹⁶⁴⁴ 2) кључна сличност им је заједничка *функција* коју врше, што сугерише припадност заједничком вишем родном појму, а то је *право реалног обезбеђења потраживања* (одређена телесна ствар је гаранција); 3) у ситуацији када се ретенција врши на непокретности, заједнички им је и *објекат* оптерећеног права; 4) очигледна је и заједничка садржина ових права, а то је *вршење притиска* на дужника да испуни дуговану престацију; 5) у случају када је дејство ретенције оснажено овлашћењем намирења, оба права свом титулару гарантују *првенствени ранг*; 6) оба права првенствено делују *inter partes* (између повериоца обезбеђеног потраживања и дужника), али неминовно делују и према трећим лицима (уз одговарајуће разлике); 7) оба права су у функцији *претежне заштите интереса обезбеђеног повериоца*; и 8) *спорна правна природа*.

1.2.4. Разлике између ретенције и земљишног дуга

Оно што чини врсну разлику појма ретенције и појма земљишног дуга су особености ова два института, на које указује већ њихова дефиниција.

1. *Акцесорни* карактер ретенције, која не може настати, ни опстати без потраживања чијем обезбеђењу служи, насупрот *неакцесорном* карактеру земљишног дуга.¹⁶⁴⁵ 2. *Основ настанка* ретенције је непосредно закон, док је титулус настанка земљишног дуга правни посао,¹⁶⁴⁶ што значи да ретенција није добровољно обезбеђење.

¹⁶⁴³ Živković, M., Akcesornost založnih prava na nepokretnosti, Beograd, Pravni fakultet, 2010., str. 208.

¹⁶⁴⁴ Ретенција је поникла из *fides*, а земљишни дуг је утемељен на концепту посебног поверења сауговорача, које се лако може злоупотребити због сакривене каузе обавезивања.

¹⁶⁴⁵ Земљишни дуг не зависи од потраживања: „он из самог себе даје право на намирење из вредности земљишта“, тј. код њега је „право отуђивања непокретности – самосврха без икаквих предуслова“. Westermann, H., Sachenrecht, Karlsruhe, 1960., стр. 565.

¹⁶⁴⁶ Земљишни дуг настаје уписом у јавну књигу, а титулус његовог настанка је основни правни посао (нпр. уговор о зајму, кредиту и сл, али и једнострани правни посао). Видети: Baur, F., Stürner, R., Sachenrecht, § 45 II 10, 515; Lazić, M., Prava realnog obezbeđenja, Niš, 2009., str. 158.

3. Искључиво обезбеђујући карактер ретенције, насупротив *вишефункционалној природи земљишног дуга*. 4. Ретенција се по правилу врши на *туђој, дужниковој ствари*, док се земљишни дуг може засновати на туђој, али и на *сопственој непокретности*. 5. Ретинент мора имати *непосредну државину* непокретности, за разлику од титулара земљишног дуга. 6. Овлашћено лице код земљишног дуга увек има *овлашћење намирења* неплаћеног главног потраживања, за разлику од ретинента непокретности, који у неким правима може користити ретенцију искључиво у сврху вршења психолошког притиска на дужника да дуг добровољно измири. 7. Право ретенције могуће је реализовати под одређеним условима и *пре доспелости* обезбеђеног потраживања, за разлику од земљишног дуга, који је могуће реализовати тек по његовој доспелости (а не доспелости обезбеђеног потраживања).¹⁶⁴⁷ 8. Земљишни дуг је стварно право чији се *публицитет* остварује уписом у јавни регистар непокретности, те га прати *право следовања*.. Насупрот томе, ретенција је право чији је услов настанка и опстанка – *непосредна државина* ствари, која мора бити видљива и непрекидна. Ретинент стога нема *право следовања*, ни право на петиторну *заштиту*, већ само државинску. 9. Из ове разлике произлази и следећа, земљишни дуг је *самостално преносив*, док ретенција, као акцесорно право, није. 10. Ретенција је у свим *регулативама* из узорка *институционализована*, било да је уређена као општи институт, било казуистички. Са друге стране, земљишни дуг *није распрострањен* институт будући да су многи законодавци скептични према могућности његове имплементације (због опасности и потенцијалних злоупотреба које са собом носи). 11. Ретенција представља врсту дозвољене самопомоћи,¹⁶⁴⁸ која штити повериоца и на суду и ван њега.¹⁶⁴⁹ У пракси ретенција најчешће има функцију *одбрамбеног средства* (процесног приговора) повериоца у ситуацији да дужник код суда захтева повраћај своје ствари, а могуће ју је вршити и противтужбом,¹⁶⁵⁰ док земљишни дуг то није.

На основу свега претходно наведеног, оцењујемо да је кључна разлика у базичним начелима ова два института: ретенција је, по нашем мишљењу, стварно право обезбеђења потраживања најсличније залози, које је строго акцесорно. За њу углавном важе сва претходно наведена заложноправна начела, па и акцесорност која је

¹⁶⁴⁷ Ово повезивање је ипак могуће на облигационоправном нивоу, закључењем уговора о сврси осигурања. Видети: Stojanović, D., Pavićević, B., *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997; Wolf, M., *Sachenrecht*, München, C. H. Beck, 1987., str. 409.

¹⁶⁴⁸ О дозвољеној самопомоћи видети код: Čepulić, I., *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb, 1925., str. 147-148; Stanković, O., Vodinelić, V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007., str. 230.

¹⁶⁴⁹ У оба случаја ретенција доводи до одбијања дужниковог захтева за повраћај ствари.

¹⁶⁵⁰ Medić, D., *op. cit.*, str. 530.

суштинско обележје овог института, које условљава њен настанак, трајање и престанак – настанком, постојањем и престанком обезбеђеног потраживања,¹⁶⁵¹ за разлику од земљишног дуга, као самосталног права.¹⁶⁵²

Право ретенције је афирмисан институт домаћег права реалног обезбеђења, са потврђеним домашајем примене у пракси. Ипак, због већинског става српских правника који (неоправдано) сматрају да ретенција не омогућава право намирења повериоца из задржане непокретности, ретинент ове категорије ствари мора да се задовољи искључиво вршењем психолошког притиска на дужника да дуг исплати. Са друге стране, основна «мана» хипотеке у савременим условима је њена строга акцесорност, због које овај институт не може да одговори савременим потребама за мобилисањем имовине.

Строга акцесорност и функционална ограниченост хипотеке и ретенције може се превазићи земљишним дугом који, као неакцесоран и вишефункционалан, отвара нове сфере могуће примене у модерној правној пракси. Због свега наведеног, земљишни дуг сматрамо особеним правом реалног обезбеђења потраживања, које појмовно, функционално, структурно, правним дејством и својим начелима превазилази домашај и сферу примене и хипотеке и ретенције, те завређује место поред њих, у групи стварних права обезбеђења у српском будућем праву.¹⁶⁵³

2. Разграничење ретенције од акцесорних средстава обезбеђења

Након поређења ретенције са два неакцесорна (или „квазиакцесорна“) средства обезбеђења, следи анализа сличности и разлика између ретенције и два акцесорна права реалног обезбеђења потраживања, а то су: 1) задржавање права својине и 2) залога (у свим модалитетима).

¹⁶⁵¹ Ретенција може и самостално престати услед: престанка државине повериоца, пропашћу задржане ствари, одрицањем повериоца од овог права, давањем другог адекватног обезбеђења, консолидацијом, конфузијом, јавном продајом. Видети: Z. Rašović, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Podgorica, 2010., str. 136.

¹⁶⁵² Квазиакцесорност земљишног дуга има искључиво дејство *inter partes*, те у стварноправном смислу не утиче на самосталност овог права обезбеђења, што је његова суштинска карактеристика и највећа разлика у односу на хипотеку (као најсличније право из групе заложних), али и у односу на ретенцију.

¹⁶⁵³ О сврсисходности увођења земљишног дуга, као новог средства обезбеђења у домаћем праву *de lege ferenda* видети више у: A., Pavićević, *Sadržina i svrsishodnost realnog duga*. *Pravni zapisi*, ISSN 2217-2815, 2015, god. 6, br. 1, str. 201-213.

2.1. Разграничење ретенције од задржавања права својине

2.1.1. Појам задржавања својине

Pactum reservati dominii представља афирмисано средство обезбеђења потраживања у савременом упоредном праву и начин обезбеђења испоручиоца робе, превасходно у трговачком промету.¹⁶⁵⁴ Овај институт се у литератури¹⁶⁵⁵ најчешће одређује као: *право „резервисане“ својине продавца* на стварима продатим (дакле и предатим) купцу, уз уношење посебне клаузуле у купопродајном уговору, која продавцу омогућава задржавање права својине упркос извршеној испоруци, а која купца уводи у „правно стање очекиване својине“.¹⁶⁵⁶ Овако задржана својина представља својеврсно реално обезбеђење потраживања, које фигурира у свим регулативама из узорка, али уз мноштво разлика у појединим решењима. Заједничка карактеристика овог института у свим регулативама јесте сфера његове примене, а то је пласирање робних кредита; у продаји индустријских производа; а нарочито код продаја са оброчним отплатама цене.

2.1.2. Карактеристике права задржавања својине

1. *Позитивна регулатива.* У домаћем праву¹⁶⁵⁷ задржавање својине је регулисано у ЗОО, као модалитет уговора о купопродаји.¹⁶⁵⁸ У упоредном праву

¹⁶⁵⁴ Више о улози овог института у савременом привредном промету видети у: Д., Стојановић, Б., Павићевић, *нав. дело*, стр. 203 и даље.

¹⁶⁵⁵ С. Ј. Holst, *op. cit.*, стр. 91; Н., Ernst, *Pridržaj prava vlasništva*, у: *Zaštita vjerovnika*, правни, porezni I računovodstveni aspekti (Опћа редакција Т. Josipović), Zagreb, 2006., стр. 57; Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, Zagreb, 2006., стр. 57; Н., Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992., стр. 236; Д., Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, стр. 209; Д., Стојановић, Б., Павићевић, *нав. дело*, стр. 203; М., Мићовић, *нав. дело*, стр. 278.

¹⁶⁵⁶ Овај институт представља одступање од правила домаћег права о моменту преноса својине са продавца на купца – моментом предаје ствари (у сврху преноса својине), а на основу пуноважног уговора. Више о томе видети код: S., Perović, *Obligaciono pravo*, knjiga I, Beograd, 1980., стр. 562 и даље; Radović, *Ugovor o zadržanju svojine na prodatoj stvari*, Branič, 1937., br. 7-8, стр. 349; Д., Medić, *Zadržanje prava vlasništva*, у: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2006., стр. 332.

¹⁶⁵⁷ Чл. 540 ЗОО: „(1) Prodavac određene *pokretne* stvari može posebnom odredbom ugovora *zadržati pravo svojine* i после предаје ствари купцу, све док купач не исплати цену у потпуности. (2) *Zadržavanje prava svojine* има *dejstva* према купчевим повериоцима само ако је учињено у облику *javno overene isprave*, пре купчевог стећаја или пре plenidbe stvari. (3) На покретним стварима о којима се воде посебне јавне књиге може се *zadržati pravo svojine* само ако је то предвиђено прописима о уређењу и вођењу тих књига.

¹⁶⁵⁸ О рестриктивној регулативи овог института у домаћем ЗОО и њеној критици, као неусклађеној са потребама модерног трговачког промета видети више код: Д., Стојановић, Б., Павићевић, *нав. дело*, стр. 203 и даље. Исту (штуру) регулативу овог института предвиђа и Закон о облигационим односима Републике Српске (чл. 540-541) и Федерације Босна и Херцеговина. Видети и: чл. 520-521 ОЗ Словеније;

постоје разнолика решења, а у литератури се нарочито издвајају два: немачко и француско. У немачкој регулативи¹⁶⁵⁹ овај институт је нормиран у само једној одредби, али је зато посебним актима детаљно регулисан, а у пракси потпуно афирмисан.¹⁶⁶⁰ Насупрот томе, у француском праву¹⁶⁶¹ овај институт има маргинални значај због неколико околности: а) особени (субјективни) концепт државине (купац је само детентор, не и држалац); б) државина покретних ствари представља основ, доказ својине¹⁶⁶²; и в) транслаторно дејство купопродајног уговора.¹⁶⁶³ Ипак, и ова регулатива с временом пружа све већу заштиту обезбеђеном повериоцу-продавцу, омогућавањем виндикације оптерећене ствари у случају стечаја дужника (купца).¹⁶⁶⁴

Две претходно наведене регулативе су представници два могућа модела овог института, при чему први (немачки) нуди врло развијену регулативу задржања својине,¹⁶⁶⁵ за разлику од другог (француског), који не афирмише ово средство обезбеђења у пракси. Важност овог института потврђује и регулатива Европске уније којом је створено хармонизовано решење.¹⁶⁶⁶ Њиме је најпре предвиђено да свака земља чланица: 1) мора признати задржање својине као реално обезбеђење потраживања; као и да 2) у уговор мора бити изричито унета клаузула о задржању својине и то пре испоруке робе. За сва остала питања упућује се на решења националних законодавстава. Коначно, решење DCFR, које представља *soft law* комунитарног права ЕУ, међу стварним правима обезбеђења на покретним стварима уређује и *retention of ownership* (уз ретенцију и заложно право).¹⁶⁶⁷

Закон о обвезним односима Хрватске и Закон о власништву и другим стварним правима чл. 34 ст. 4 и 5. О институту задржања својине и праву у очекивању у земљама насталим дисолуцијом СФРЈ, видети више код: М., Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu (doktorska disertacija)*, Sarajevo, 2001., str. 226 i dalje; N., Gavella et alia, *Stvarno pravo*, Svezak 2, Zagreb, 2007., str. 551 i dalje.

¹⁶⁵⁹ Видети: чл. 455 НГЗ

¹⁶⁶⁰ Видети: Закон о потрошачком кредиту (*Verbraucher-kreditgesetz*) од 17. 12. 1990., BGBl I.S. 2840. Новеле НГЗ од 2002. године су укључиле ове измене, те регулисале овај институт у § 499. Детаљније о регулативи задржавања својине у немачком праву видети код: D., Medić, *nav. delo*, str. 211 i dalje.

¹⁶⁶¹ О сфери примене задржања својине у француској правној пракси видети: J. L. Rives-Lange, M., Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Paris, 1995., str. 413 i dalje.

¹⁶⁶² Чл. 2279 ФГЗ.

¹⁶⁶³ Видети: Чл. 1583 ФГЗ

¹⁶⁶⁴ Видети: Закон бр. 335 од 12. маја 1980.

¹⁶⁶⁵ О значају примене права задржавања својине у немачкој правној и пословној пракси видети: Scholz-Iwowski, *Das Recht des Kreditsicherung*, 5 Aufl, Berlin, 1980., str. 673.

¹⁶⁶⁶ Видети: Смернице Европског парламента и Европског савета за сузбијање закашњења у плаћању у пословном промету (чл. 4). 2000/35/EG.

¹⁶⁶⁷ Видети: Book IX - Proprietary security rights in movable assets, str. 447 – 499. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition. Edited by Christian von Bar, et alia. Tekst Nacrta dostupan na internet adresi: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

2. Када је у питању домаћа регулатива *de lege ferenda* постоје два Нацрта, са садржински различитим решењима овог института (као последица различитог схватања правне природе овог института). Решењем Нацрта ГЗС¹⁶⁶⁸ задржавање својине је уређено у облигационом делу законика, на начин сличан позитивном решењу из ЗОО (као модалитет уговора о купопродаји). Насупрот томе, Нацртом законика о својини и другим стварним правима (најпре из 2006., а потом и из 2011.¹⁶⁶⁹) овај институт је насловљен као: „*право задржане и право очекиване својине*“ (што указује на сложеност овог права). Притом, концепција је сасвим другачија, модерна, по узору на немачко решење „права проширеног и продуженог задржања“, које функционише као активатор привреде и средство мобилисања капитала.¹⁶⁷⁰

3. *Услови заснивања*. Предуслови конституисања овог права су: 1) *пуноважан (формални)*¹⁶⁷¹ правни посао, уперен на пренос својине (и то уговор о купопродаји); 2) посебна (*изричита*) *клаузула* у уговору о задржавању својине продавца-повериоца на ствари, упркос извршеној предаји; 3) *предаја ствари* (купац уведен у посед ствари) и 4) *упис* овог права, у оним регулативама које упис задржања својине у јавни регистар одређују као *modus acquirendi* стицања овог права (пр. ШГЗ).

4. *Функција*. Основна функција овог средства обезбеђења јесте одлагање стицања својине купца ствари - у сврху осигурања неизмиреног потраживања продавца: овај институт представља средство заштите повериоца коме прети опасност од купчевих (дужникових) поверилаца.¹⁶⁷² У случају да купац у међувремену правно располаже стварју (коју још увек нема у својини), продавац има право да своју ствар виндицира.

2.1.3. Сличности између ретенције и права задржавања својине

1. *Заједничка функција* оба института је обезбеђење потраживања. 2. Оба средства обезбеђења су строго *акцесорне* природе: служе искључиво обезбеђењу главног потраживања, не настају и не опстају самостално. 3. У оба случаја ствар која је

¹⁶⁶⁸ Видети: чл. 770 и 771 Нацрта ГЗС

¹⁶⁶⁹ Видети: чл. 668-682 Нацрта из 2006. Упоредити са: чл. 655-671 Нацрта из 2011.

¹⁶⁷⁰ Позитивне критике решења Нацрта, од стране аутора У., Drobniг, доступне су у: Ка новом стварном праву Србије, Нацрт законика о својини и другим стварним правима, Београд, 2007., стр. 169-170.

¹⁶⁷¹ Писана форма, уз оверу надлежног државног органа је експлицитно предвиђена у домаћем ЗОО.

¹⁶⁷² Наиме, када купац постане власник ствари сви његови повериоци би могли да намире своја потраживања из вредности ове ствари, а у случају стечаја купца ова ствар би ушла у стечајну масу. Задржавањем својине продавац-поверилац омогућава издвајање своје ствари из стечајне масе, као титулар *излучног права*.

обезбеђујући објекат мора бити *индивидуално одређена*. 4. Оба се (по правилу) односе на *покретне ствари*¹⁶⁷³ (мада изузеци постоје у оба случаја). 5. Оба института *настају коришћењем правне технике – услова*: условно се преноси својина, односно условно се враћа тражена ствар (пренос својине, односно државине ствари се условљава радњом на коју се сауговорач претходно обавезао).¹⁶⁷⁴ 6. Оба института имају *више модалитета*¹⁶⁷⁵ (који се међусобно разликују према свом коначном дејству). 7. Оба института у *стечају дужника* штите повериоца, дајући му *разлучно (односно излучно) право*.¹⁶⁷⁶ 8. Оба института имају *спорну правну природу*.¹⁶⁷⁷ Тако, иако већина аутора задржање својине сврстава у групу реалних средстава обезбеђења потраживања, поједини правни писци¹⁶⁷⁸ ипак подвлаче да ово није реално право обезбеђења, већ само „модификација уговора о продаји“. 9. Сличност постоји и у *сфери примене*: задржање својине и ретенција су подједнако заступљене у трговачком промету.

2.1.4. Разлике између ретенције и права задржавања својине

1. Прва и основна разлика између ова два института је *законско порекло* ретенције, односно *уговорно* порекло задржавања својине (релација принудног и добровољног средства обезбеђења). 2. Ово је класично *бездржавинско* средство обезбеђења¹⁶⁷⁹, за разлику од ретенције, која не постоји без поседа ствари овлашћеног

¹⁶⁷³ Део домаће доктрине сматра да предмет задржања својине могу бити *искључиво* покретне ствари. Овакво решење следе и оба Нацрта, која оличавају потенцијално будуће право Републике Србије. Видети: В., Vizner, V., Karog, S. Carić, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Rijeka, 1971., стр. 328; М., Vuković, *op. cit.*, стр. 237. Cf. D., Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, стр. 217 i dalje.

¹⁶⁷⁴ У доктрини се често оба института називају: „*модалитетом основног правног посла*“. Видети: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 33.

¹⁶⁷⁵ Право задржавања својине какво постоји у домаћем праву, само је један од облика овог института који познаје НГЗ и то најпростији. Сложенији облик је: тзв. „*продужено и проширено право својине*“ (*Verlängerter Eigentumsvorbehalt*), код ког купац прибавља робу у циљу даље препродаје; затим, тзв. „*конструкција права својине у очекивању*“ (*Anwartschaftsrecht*) и § 929, 930, 931 NGZ (које доктрина одређује као стварно право, налик својини, тј. „*корак до стицања својине*“). Више о томе код: F., Baug, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12 Auflage, München, 1983., стр. 624; U., Drobnig, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, Rabels, Z 44 Heft 4, 1980., стр. 788 i dalje.

¹⁶⁷⁶ Ретенција омогућава издвајање ствари како би се само ретинент намирио (код квалификоване ретенције); односно, право задржане својине даје право на виндикацију своје ствари продавцу-повериоцу.

¹⁶⁷⁷ У доктрини се дуго полемише о правној природи права задржавања својине, те се тако оно у делу доктрине одређује као заложно право - по свом циљу. Видети: Д., Аранђеловић, *О задржавању права својине од стране продавца на продатој ствари*, *Расправе из приватног права*, Београд, 1913., стр. 28. Други, бројнији аутори објашњавају овај институт помоћу услова у правно-техничком смислу: условљавање купопродајног уговора исплатом цене (те је неисплата цене заправо раскидни услов закљученог уговора). Видети: М., Vuković, *Obvezno pravo*, Zagreb, 1964., стр. 236; V., Spaić, *Stvarno pravo*, Sarajevo, 1962., стр. 259; D., Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, стр. 210-211.

¹⁶⁷⁸ R., Kovačević - Kuštrimović, M., Lazić, *Stvarno pravo*, стр. 300.

¹⁶⁷⁹ Тако и: D., Medić, *nav. delo*, стр. 209.

лица. 3. Код ретенције посед ствари игра улогу публицитета,¹⁶⁸⁰ док код задржавања својине, ако изостане упис овог права, изостаје и *публицитет*¹⁶⁸¹, те тиме и дејство *erga omnes*.¹⁶⁸² 4. Објекат задржавања је својина на сопственој ствари, за разлику од ретенције чији је објекат, по правилу, *туђа ствар*. 5. Док је ретенција средство обезбеђења, које је у функцији максималне заштите интереса повериоца, код задржавања својине такве несразмере нема. *Обе стране су погодоване* закључењем уговора са оваквом клаузулом: поверилац, јер је обезбеђен; а дужник, јер му је ствар физички предата, у његовом је поседу и он може потпуно економски да је искоришћава (употребљава, прибуре плодове), што му олакшава и убрзава отплату купопродајне цене ствари. 6. Ретенција се губи престанком поседа када истекну рокови за државинску заштиту, а право задржане својине даје *право следовања* продавцу-повериоцу-власнику ствари (ако дужник ствар отуђи трећем, он може тражити повраћај своје ствари путем *actio rei vindicatio*). 7. Ретинент има само право на *државинску заштиту*, а титулар права задржане својине има право и на *петиторну* заштиту. 8. *Ширу сферу примене има ретенција*, будући да у неким регулативама нема услова конекситета, те се може ретинирати било која дужникова ствар у ситуацији постојања противпотраживања. Код задржавања својине увек је реч о ствари која је предата као објекат купопродајног уговора (конексне тражбине). 9. Различити су *начини престанка* ова два института, па између осталог, ретенција може престати конституисањем другог средства обезбеђења, за разлику од задржања својине.

У том смислу можда чак можемо констатовати да је технички оправданије ретенцију назвати *правим правом реалног обезбеђења* потраживања, него задржање својине. Ипак, чињеница је да задржавање својине има такође осигуравајући ефекат, те функционално припада групи стварних обезбеђења потраживања. Ова разлика (уз све

¹⁶⁸⁰ D., Medić, *nav. delo*, str. 220.

¹⁶⁸¹ Ипак, условљавање дејства задржавања својине уписом није свуда правило. За разлику од швајцарског права (чл. 715-716 ШГЗ), у ком је упис у јавни регистар обавезан као предуслов дејства овог права према трећим лицима, у немачком праву је другачије. Наиме, у доктрини се истиче да ова регулатива признаје дејство овом институту према трећима и без икаквог публицитета, а на основу претпоставке о постојању овог права трећег на ствари. Видети: Н., Lehmann, *Reform der Kreditsicherung an Fahrins und Forderungen*, Stuttgart, 1937., стр. 7 и даље. Cf. Tuor, Schnyder, Schmidt, *op. cit.*, стр. 747 и даље. Интересантно је поменути измену регулативе Црне Горе, по узору на амерички *Uniform Commercial Code*, којим се уводе извесни елементи заложног права код института задржања својине, као облика обезбеђења потраживања купопродајне цене. Тако, овај институт има доста сличности са тамошњим *purchase money security interest*. Више о томе код: С. Ј. Holst, *op. cit.*, стр. 91.

¹⁶⁸² У домаћем ЗОО је дејство права задржавања својине према трећим лицима експлицитно условљено формом закљученог уговора – у облику јавно оверене исправе (и то пре купчевог стечаја или пленидбе ствари) и обавезним уписом у јавни регистар. Тако и: R., Kovačević – Kuštrimović, M., Lazić, *nav. delo*, str. 300.

остале) по нашем мишљењу и оправдава њихово паралелно постојање у палети средстава реалног обезбеђења потраживања у будућем српском праву.¹⁶⁸³

2.2. Однос ретенције и заложног права

У оквиру поређења са заложним правом, најпре ћемо разматрати однос ретенције и бездржавинских облика *залогe*,¹⁶⁸⁴ а то су: а) хипотека (као вид залогe на непокретностима); б) регистрована залогa и в) законско заложно право. На крају ћемо разграничити ретенцију и ручну залогу (као државинска обезбеђења потраживања), будући да је то институт који се за сада, у домаћој (и у знатном делу стране доктрине) сматра најсличнијим ретенцији.

2.2.1. Разграничење ретенције и хипотеке

А. Појам хипотеке

Доктринарно¹⁶⁸⁵ одређење хипотеке¹⁶⁸⁶ је следеће: хипотека је акцесорно¹⁶⁸⁷ заложно право на непокретности, која остаје у државини залогодавца и које свог

¹⁶⁸³ Стога се слажемо са следећим образложењем твораца Нацрта из 2006. и 2011.: „Сви ови институти остварују исту функцију, али помоћу различитих конструкција и правних режима, те оправдани интереси којима су у стању да послуже нису истоветни.“ В., Водинелић, Председник радне групе, Основно о Нацрту стварноправног законика Србије из 2006., Ка новом стварном праву Србије, Београд, 2007., стр. 16.

¹⁶⁸⁴ О карактеристикама заложних права уопште видети више код: М. Бартош, Л. Марковић, Грађанско право први део, Стварно право, Београд, 1936., стр. 69 и даље; С., Стојковић, Основи грађанског права, стр. 160-175; А., Бикић, Obligaciono pravo, Opći deo, Sarajevo, 2004., стр. 144-148; М. Vedriš, Р. Klarić, Osnove imovinskog prava, стр. 168 i dalje; О. Stanković, М. Orlić, Stvarno pravo, стр. 230-260; D., Medić, Založno pravo, Banja Luka, 2002., стр. 98 i dalje; D., Medić, Založno pravo kao sredstvo obezbeđenja kreditnih usluga u Republici Srpskoj, Pravo i usluge, Kragujevac, 2012., стр. 905-922. У упоредном праву детаљно о карактеристикама заложног права видети: Н., Westermann, *op. cit.*, стр. 630 i dalje.

¹⁶⁸⁵ Видети: I., Babić, Založno pravo (stvarnopravno obezbeđenje potraživanja, стр. 17; D., Medić, Pravo obezbeđenja potraživanja, стр. 57; Т. Josipović, Zemljišnoknjižno pravo, Zagreb, 2001., стр. 256; Z., Rašović, Komentar zakona o hipoteci, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, стр. 1-4; И., Бабић, Основи имовинског права, Увод у грађанско право и стварно право, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 294 и даље.

¹⁶⁸⁶ Детаљније о институту хипотеке видети у: Ж., Перић, Специјални део грађанског права, Стварно право, Београд, Народна штампарија, 1920., стр. 209 и даље; С., Стојковић, Основи грађанског права, Београд, 1948., стр. 165; Л. Марковић, Хипотекарно право, 1911., стр. 25; Д., Стојановић, Стварно право, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 1998., стр. 248-271; Stojanović-Pop Georgiev, Komentar zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986., стр. 222-247; D. Stojanović, B. Pavićević, Pravo obezbeđenja potraživanja, стр. 249-283; А., Gams, Osnovi stvarnog prava, V izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1968., стр. 181; М. Orlić, О. Stanković, *nav. delo*, стр. 99-109; М. Lazić, Prava realnog obezbeđenja potraživanja, стр. 103-150; Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 225-273; стр. 248-286; Z. Petrović, V. Kozar, Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u privredi, Beograd, 2009., стр. 59-79; N., Gavella et alia, Stvarno pravo, стр. 810 i dalje; J. Dabovik-Anastasovska, N. Gavrilovik, Ličnopravni i stvarnopravni sredstva za obezbeđivanje na pobaruvanjata, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u

титулара овлашћује да се пре осталих поверилаца намири из вредности заложене ствари, ако му дужник не намири обезбеђено потраживање о доспелости.¹⁶⁸⁸

Б. Карактеристике хипотеке

1. *Позитивна регулатива хипотеке.* У домаћем позитивном праву¹⁶⁸⁹ хипотека представља једино законом нормирано право реалног обезбеђења потраживања на непокретностима. Осим хипотеке, део доктрине тумачењем опште одредбе ЗОО о ретенцији¹⁶⁹⁰ признаје (условно) још и право ретенције, као потенцијално други вид реалног обезбеђења на непокретностима, али редукованог дејства на вршење притиска на дужника (без права намирења), о чему је било речи. Што се упоредног права тиче, све регулативе регулишу овај вид обезбеђења потраживања на непокретности, разлика је само у ком обиму и у којим модалитетима.¹⁶⁹¹

2. *Услови заснивања.* У домаћем праву хипотека (најчешће) настаје на основу формалног¹⁶⁹² правног посла¹⁶⁹³ и то: а) уговора странака; б) на основу заложне изјаве и евентуално в) на основу тестаментa залогодавца. Поред *titulus-a* за њено конституисање неопходан је и *modus*, то је упис у јавни регистар, уз прибављену *clausulu intabulandi* (а на захтев хипотекарног повериоца, дужника или залогодавца). На овај начин је

Mostaru, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2008., str. 172-176; D. Softić, Stvarnopravna osiguranja na nekretninama u Bosni i Hercegovini, Forum za građansko pravo za Jugoslovensku Evropu, Knjiga II, str. 546 i dalje; Д. Клепић, Практикум за примену хипотеке и ручне залогe, Београд, 1996., стр. 11 и даље.

¹⁶⁸⁷ Иако су сва заложна права у домаћем праву акцесорне природе, у упоредном праву није тако. Стога нам се чини важним издвајање хипотеке, као акцесорне залогe на непокретности. Тако и: Д., Хибер, М., Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања, стр. 225.

¹⁶⁸⁸ Видети и: О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, стр. 269; Н., Пљанојевић, Стварно право у пракси, стр. 368. У старијој домаћој доктрини хипотека се дефинише као: „терет на непокретном добру, где место личне одговорности за изванредан дуг долази реална одговорност - где је ствар одговорна за исплату дуга, и то ствар на којој лежи хипотека“. Видети: М. Бартош, Л. Марковић, Стварно право, стр. 70;

¹⁶⁸⁹ Видети: Закон о хипотеци из 2005. Сл. гласник РС, бр. 115/2005. О свим новинама Закона о хипотеци (а нарочито о овлашћењу располагања рангом неисписане хипотеке) видети: М., Лazić, Reforma založnog prava u Srbiji, str. 86-89; М., Živković, O reformi realnih obezbeđenja u jugoslovenskom pravu, Budimpeštanski simpozijum, Doprinosi reformama stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, str. 306 i dalje.

¹⁶⁹⁰ Чл. 286-289 ЗОО

¹⁶⁹¹ Што се обима и систематике регулативе тиче, у немачком праву је хипотека најсвеобухватније уређена са чак 87 параграфа (§ 1113 – 1190 НГЗ), а постоји у највише варијетета, са различитим функцијама.

¹⁶⁹² Видети: чл. 15 ст. 3 ЗХ

¹⁶⁹³ Осим уговора као основа, хипотека може настати и на основу судске одлуке, поравнања и на основу закона. Више о томе: З., Rašović, Pravo obezbeđenja potraživanja, str. 170 i dalje; М., Živković, Hipoteka i zemljišni dug, Promene stvarnog prava u Srbiji, Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi, Beograd, 2004., str. 162 i dalje; Н., Пљанојевић, Стварно право у пракси, стр. 373.

обезбеђен публицитет¹⁶⁹⁴ овог стварног права обезбеђења и осигурано дејство *erga omnes*.

3. *Функција хипотеке*. Базична функција хипотеке јесте *обезбеђење потраживања*. Њен коначни домашјај је у реализацији права намирења, које се у доктрини¹⁶⁹⁵ квалификује као *двофазно*. Основна предност хипотеке као бездржавинског облика залог је што залогопримца лишава обавезе чувања, старања о непокретности, а са друге стране залогодавца не лишава државине ствари и свих економских користи од ње.¹⁶⁹⁶

Међутим, осим овог основног облика, тзв. обезбеђујуће хипотеке, у упоредном праву постоје и други посебни облици овог института, који могу вршити и друге функције, осим обезбеђујуће. Тако осим симултане (заједничке) хипотеке; са антихрезом¹⁶⁹⁷ и својинске,¹⁶⁹⁸ у страним правима постоје и бројни други модалитети хипотека «смањене акцесорности» попут: континуиране¹⁶⁹⁹, максималне хипотеке¹⁷⁰⁰, допуњиве,¹⁷⁰¹ итд.¹⁷⁰²

¹⁶⁹⁴ Публицитет хипотеке у домаћем праву додатно је осигуран и Централном евиденцијом хипотека.

¹⁶⁹⁵ М., Лазић, Реализација права намирења хипотекарног повериоца, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1994-1995., стр. 153-154.

¹⁶⁹⁶ Садржину овог права чине узајамна овлашћења и обавезе хипотекарног повериоца и залогодавца. Овлашћења залогопримца су: намирење из вредности хипотековане непокретности; право првенства; право следовања; права услед умањења вредности предмета хипотеке; право располагања потраживањем обезбеђеним хипотеком; право преузимања потраживања са хипотеком. Са друге стране, овлашћења залогодавца су: право на државину; употребу; прибирање плодова; правно располагање објектом хипотеке, али рангом хипотеке, и коначно, право на износ који преостане након принудне продаје непокретности. Истовремено, обавезе залогодавца су да: оптерећену непокретност чува, одржава, осигура, да је не мења без сагласности повериоца, као и обавеза да сарађује са хипотекарним повериоцем у поступку намирења. Детаљно о томе: М., Лазић, Садржина хипотеке, стр. 41 и даље; Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 368-369.

¹⁶⁹⁷ У домаћем праву овај модалитет хипотеке није допуштен.

¹⁶⁹⁸ Својинска хипотека у домаћем праву не може настати изворно, али може накнадно, као последица консолидације (ситуација престалог потраживања а неписане хипотеке). У немачком праву постоји својинска хипотека (коју омогућава принцип апстрактног конституисања стварних права), која може настати и иницијално и накнадно, као последица усвајања фиксног ранга хипотеке. О својинској хипотеци у аустријском праву видети: Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, VI Auflage, Erster Band, Zweite Hälfte: Das Sachenrecht, Manzsche Verlags- und Universitäts – Buchhandlung, Wien, 1923., стр. 422 и даље; Koziol, Welser, *op. cit.*, стр. 139 и даље.

¹⁶⁹⁹ О континуираној хипотеци у праву Црне Горе видети: З. Рашовић, Коментар закона о својинско-правним односима, Књ. 2. Подгорица, 2009, стр. 1576; Д. Софтић Каденић: Између акцесорности и неакцесорности, стр. 386.

¹⁷⁰⁰ Осим немачке регулативе, максималну хипотеку познају права Аустрије и Швајцарске и многа друга европскоконтинентална права, а од земаља у окружењу: Хрватска, Словенија, Босна и Херцеговина, Црна Гора. Више о томе видети код: М. Живковић, Акцесорност заложних права на непокретности, стр. 82. О врстама хипотеке у праву Црне Горе видети: З., Раšовић, *Stvarnopravna obezbeđenja na nepokretnostima u pravu Crne Gore*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, стр. 620 и даље.

¹⁷⁰¹ О допуњивој хипотеци у француском праву видети више код: Leutner, Lehberg, Die Entdeckung der Grundschuld: Die „Wiederauffüllbare Hypothek (hypothèque rechargeable) als neues Kreditsicherungsmittel im französischen Recht, 2006, стр. 818; D. Softić Kadenić, *нав. дело*, стр. 391.

¹⁷⁰² Акцесорност немачке хипотеке је различито структурирана с обзиром на врсту. Baur, Stürner, *op. cit.*, стр. 506.

4. Начела хипотеке.¹⁷⁰³ Начела хипотеке¹⁷⁰⁴ су сва стварноправна начела, као и сва заложноправна начела.¹⁷⁰⁵ официјелност; недељивост; специјалност и акцесорност.¹⁷⁰⁶

В. Сличности између ретенције и хипотеке

На основу претходно наведених особености ретенције и хипотеке, могуће је уочити следеће сличности између ова два института: 1. Базични *ratio* оба института је: правичност; еквиваленција узајамних давања; потреба подједнаке правне заштите лица у облигационом односу; појачавање одговорности за испуњење преузетих обавеза и потреба поштовања начела савесности и поштења.¹⁷⁰⁷ 2. Кључна сличност између ова два института је заједничка *функција* коју врше, што сугерише припадност заједничком вишем родном појму, а то је *право реалног обезбеђења потраживања* (одређена телесна ствар је гаранција потраживања). 3. Оба права су *акцесорног карактера*, а заједничка су им и остала заложноправна начела (специјалност, официјелност, недељивост). 4. Заједнички је донекле и *објекат* оптерећеног права (у хипотези дозвољене ретенције непокретности), а то је *непокретна ствар* (иако је објекат ретенције неупоредиво шири – обухвата готово све покретне ствари)¹⁷⁰⁸. 5. У оба случаја је *оптерећена ствар – туђа* и то, по правилу, у својини дужника¹⁷⁰⁹ (а свакако не повериоца¹⁷¹⁰). 6. Заједнички је и део *садржине и дејства* ових права, а то је *вршење притиска* на дужника да испуни дуговану престаацију, уз одређене разлике. Међутим, прва фаза која се код хипотеке означава као статична, код ретенције је заправо динамична; разлог што ретинент задржава дужникову ствар је чињеница да је њоме обезбеђено потраживање већ доспело и није измирено, па ретенција представља

¹⁷⁰³ Ипак, бројне законске новине регулативе хипотеке у домаћем и правима земаља у нашем окружењу, представљају својеврсна (али не потпуна) одступања од наведених начела заложног права. Више о изменама регулативе хипотеке у праву Републике Српске видети код: D., Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2011., str. 33-35.

¹⁷⁰⁴ Детаљно о начелима хипотеке код: М., Лазић, *Садржина хипотеке*, магистарска теза, стр. 16-21.

¹⁷⁰⁵ Више о стварноправним начелима видети код: Stojanović, D., *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998.; Z., Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002., str. 350-375.

¹⁷⁰⁶ О акцесорности хипотеке више код: М., Živković, *Hipoteka i zemljišni dug*, *Promene stvarnog prava u Srbiji*, str. 161; М., Rogošić, *Založno pravo i pravo pridržaja – sudska obezbeđenja na ispunjenje obaveze*, *Privredno-pravni priručnik*, br. 4/68, str. 21; D. Softić, *Odnos između stvarnopravnog osiguranja i osiguranog potraživanja*, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*, str. 683-687.

¹⁷⁰⁷ Тако и: D., Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, str. 533.

¹⁷⁰⁸ Више о објекту хипотеке код: М., Živković, *Stvarnopravna obezbeđenja na nepokretnostima u Republici Srbiji*, *Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu*, str. 649 i dalje.

¹⁷⁰⁹ Ово правило строго важи за ретинирану ствар, али хипотекована непокретност може бити како у својини дужника обезбеђеног потраживања, тако и у својини трећег лица – у улози залогодавца.

¹⁷¹⁰ Изузетак од овог правила је тзв. својинска хипотека (која постоји у упоредном праву) и евентуално ретенција своје ствари (у оквиру ретенције чинидбе предаје своје ствари – у немачком праву).

офанзивно деловање повериоца - јер власника лишава државине и коришћења ствари (за разлику од хипотеке). 7. У случају квалификоване ретенције оба права свом титулару гарантују право намирења уз *првенствени ранг* (тзв. *динамична фаза*). 8. У *стечају* дужника оба института имају дејство *разлучног права* (у доминантном моделу регулативе ретенције).¹⁷¹¹ 9. Оба права су у функцији *претежне заштите интереса обезбеђеног повериоца* (средство појачавања његове правне позиције и осигурања наплате потраживање). 10. Заједничка одлика ова два института је и *спорна правна природа*,¹⁷¹² али из различитих разлога, мада је ова проблематика знатно израженија код ретенције.¹⁷¹³

Г. Разлике између ретенције и хипотеке

Разлике између ретенције и хипотеке су следеће.

1. *Основ настанка* ретенције је непосредно закон, док је титулус настанка хипотеке најчешће правни посао,¹⁷¹⁴ што значи да ретенција није добровољно обезбеђење. 2. Искључиво обезбеђујући карактер ретенције, насупрот потенцијално *вишефункционалној сврси хипотеке*. 3. Ретинент мора имати *непосредну државину* непокретности, за разлику од титулара хипотеке, као бездржавинског облика залог. 4. *Различита су овлашћења и обавезе* хипотекарног повериоца и дужника у односу на ретинента и противника ретенције. Хипотекарни поверилац увек има *овлашћење намирења* неплаћеног главног потраживања, за разлику од ретинента непокретности, који у правним системима који познају ретенцију непокретности углавном може користити ретенцију у сврху вршења психолошког притиска на дужника да дуг

¹⁷¹¹ Више о дејству хипотеке у стечају хипотекарног дужника видети код: М., Živković, Realizacija stvarnopravnih obezbeđenja potraživanja (van stečaja i u stečaju dužnika), Forum za građansko pravo za jugositočnu Evropu, Knjiga II, str. 705-709.

¹⁷¹² Тако се у делу домаће доктрине истиче да код хипотеке паралелно постоје два правна односа: 1) облигационоправни (однос између заложног повериоца и заложног дужника) и 2) стварноправни (однос заложног повериоца и трећих лица, укључујући и дужника, поводом заложене ствари). А. Gams, *nav. delo*, str. 137; Z. Rašović, *nav. delo*, str. 30. Други део домаће доктрине наглашава стварноправни карактер хипотеке. Видети: R. Kovačević – Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, str. 286. О правној природи права задржавања: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 4-7.

¹⁷¹³ У домаћој доктрини постоје и ставови, који одређују природу хипотеке као облигационоправну. Видети: М., Париводић, Предговор Закона о хипотеци, Службени Гласник, Београд, 2006., стр. 8. Cf. I., Babić, *Založno pravo (Stvarnopravno obezbeđenje potraživanja)*, u: *Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa, Pravo teorija i praksa*, Novi Sad, 2005., str. 7.

¹⁷¹⁴ Видети: Baur, F., Stürner, R., *Sachenrecht*, § 45 II 10, стр. 515; Lazić, M., *Prava realnog obezbeđenja*, str. 158.

добровољно измири.¹⁷¹⁵ 5. Право ретенције могуће је реализовати под одређеним условима и *пре доспелости* обезбеђеног потраживања, за разлику од хипотеке, коју је могуће реализовати тек по доспелости обезбеђеног потраживања. 6. Хипотека је *типично стварно право на туђој ствари*, чији се *публицитет* остварује уписом у јавни регистар непокретности, те је прати *право следовања* (и апсолутно правно дејство *erga omnes*). Насупрот томе, ретенција је право чији је услов настанка и опстанка – *непосредна државина* ствари, која мора бити видљива и непрекидна. 7. Ретинент нема *право следовања*¹⁷¹⁶, дакле ни право на петиторну *заштиту*, већ само државинску, док хипотекарни поверилац има право на обе врсте заштите. 8. Ретенција представља врсту дозвољене самопомоћи,¹⁷¹⁷ која штити повериоца и на суду и ван њега. У пракси ретенција најчешће има функцију *одбрамбеног средства* (процесног приговора) повериоца у ситуацији да дужник код суда захтева повраћај своје ствари, а могуће ју је истицати и противтужбом.¹⁷¹⁸ 9. *Начини престанка* ова два института су различити.¹⁷¹⁹

2.2.2.Разграничење ретенције и регистроване залогe

А. Појам регистроване залогe

Регистрована залогa¹⁷²⁰ се може дефинисати као бездржавинска залогa на покретним стварима (и правима), која настаје уписом у посебан регистар залогe и која свог титулара овлашћује на намирење из вредности заложене ствари пре других поверилаца, ако дужник не намири обезбеђено потраживање о доспелости.¹⁷²¹ Будући да је реч о непоседовном облику заложног права, залогодавац након залагања остаје држалац ствари и користи све економске бенефите од држања своје ствари током трајања односа обезбеђења.¹⁷²² *Ratio* имплементације овог института у бројним

¹⁷¹⁵ Осим тога, хипотека повериоца овлашћује и на нека специфична овлашћења попут: права располагања рангом неисписане хипотеке.

¹⁷¹⁶ Одсуство права следовања ретинента се у литератури често означава као есенцијална разлика ова два института. Видети: В., Morait, *Obligaciono pravo*, Knjiga I, Banja Luka, 1997., str. 101; D., Medić, *Založno pravo*, Banja Luka, 2002., str. 57.

¹⁷¹⁷ О дозвољеној самопомоћи видети код: Ћепулић, I., *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb, 1925., str. 147-148; Stanković, O., Vodinić, V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2007., str. 230.

¹⁷¹⁸ Medić, D., *op. cit.*, str. 530.

¹⁷¹⁹ Модус престанка хипотеке је испис из јавног регистра (док упис и испис не фигурирају као начин стицања, односно престанка ретенције).

¹⁷²⁰ Регистрована залогa је у домаћем праву регулисана Законом о заложном праву на стварима уписаним у регистар (закон је ступио на снагу јуна 2003., а у примени је од 2004., односно од 2005., када су усвојене измене које су омогућиле његову примену у пракси). У даљем тексту: ЗРЗ.

¹⁷²¹ Чл. 1 ст. 3 и чл. 66 ЗРЗ.

¹⁷²² Ипак, ово је правило, али странке ако желе, могу уговорити и другачије. Видети: D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1977., str. 222; Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 177 и даље; Р. Ковачевић -

регулативама је превазилажење мана ручне залоге и адекватније задовољавање потреба савремене тржишне привреде путем „мобиљарних“ средстава обезбеђења потраживања.¹⁷²³ У доктрини¹⁷²⁴ се ово стварно право оцењује као модерно, са једноставном техником примене у пракси, флексибилно, са широко постављеним објектом (обухвата готово све врсте покретних ствари и права), са минималним ограничењима аутономије воље странака, са гарантованим публицитетом и могућношћу вансудског намирења.

Б. Карактеристике регистроване залогe

1. *Позитивна регулатива регистроване залогe.* У домаћем позитивном праву¹⁷²⁵ регистрована залогa је уведена по први пут усвајањем ЗРЗ.¹⁷²⁶ Разлог увођења овог особеног инструмента обезбеђења је не само одговор на потребе праксе, већ и потреба за хармонизацијом законских решења на субрегионалном,¹⁷²⁷ као и на регионалном нивоу. На тај начин је учињен важан корак у циљу усаглашавања националних решења са тековинама европског комунитарног права. Што се упоредног права тиче, готово све

Куштримовић, М. Лазих, *нав. дело*, стр. 290-296; D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2011., стр. 103-114; Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 315; I., Babić, *Založno pravo...*, стр. 41-47; N., Gavella et alia, *op. cit.*, стр. 781 i dalje; E. H. Čulinović, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, Pravni fakultet, 1998., стр. 390; М. Мићовић, *нав. дело*, стр. 276-278.

¹⁷²³ О афирмацији средстава бездржавинског обезбеђења у упоредном праву и даљим тенденцијама развоја видети детаљно: К., Oftinger, *Das Fahrnispfand...*, стр. 154 i dalje; E. Doskotsz, *Faustpfand oder Registerpfand (Mobiliarhypothek) als moderne Pfandrechtsart an beweglichen Sachen*, diss. Erlangen, 1934., стр. 110; М., Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, Sarajevo, 2001., стр. 158 и даље; P. Simonetti, *Mobilijarna hipoteka*, *Privreda i pravo*, br. 1-2/93, стр. 63 i dalje.

¹⁷²⁴ W. Rank, *Harmonization of National Security Rights*, u: U. Drobnig, H. Snijders, E. J. Zippor, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market*, München, 2006. Нав. према: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 176; Т. Тајти, *Comparative Secured Transactions Law*, Budapest, 2002; D. Medić, *Bezdržavinska zaloga u uporednom pravu*, *Srpska pravna misao*, br. 1-4/00, стр. 201-218; D. Stojanović, *Bezdržavinska zaloga (pokretna hipoteka)*, *Zbornik pravnog fakulteta u Nišu*, 1971., стр. 43; D., Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2016.

¹⁷²⁵ О мотивима, техникама и фазама имплементације овог института у домаћем праву код: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 173-177.

¹⁷²⁶ Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, „Службени гласник РС“, бр. 57/2003, 61/2005 и 64/2006.

¹⁷²⁷ О регулативи регистроване залогe у земљама у нашем окружењу (тзв. транзицијским) видети више код: А. Јаневски, *Vrste ugovornih stvarnopravnih osiguranja na pokretnim stvarima, objekti koji mogu biti založeni, potraživanja koja mogu biti osigurana*, *Komparativni pregled zemalja – Srbija, Makedonija, BiH, Hrvatska, Crna Gora i Albanija*, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor analiza i radova, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010., knjiga II, Beograd, 2010., стр. 303-307; C. J. Holst, *op. cit.*, стр. 82 i dalje.

савремене регулативе нормирају овај вид обезбеђења потраживања на покретним стварима.¹⁷²⁸

2. *Услови заснивања.* У домаћем праву регистрована залога (најчешће) настаје на основу пуноважног уговора странака.¹⁷²⁹ Поред *titulus-a* за њено конституисање неопходан је и *modus*, то је упис овог права у посебан јавни регистар¹⁷³⁰, а уз прибављену *clausulu intabulandi* (а на захтев овлашћеног лица).¹⁷³¹ На овај начин је обезбеђен публицитет ове залогe покретности и осигурано дејство *erga omnes*.

3. *Функција регистроване залогe.* Сврха регистроване залогe је *обезбеђење потраживања*. Њен коначни домацај је у реализацији права намирења (које се такође реализује двофазно, као и код хипотеке, кроз статичну и динамичну фазу). Основна предност бездржавинске залогe (у односу на државинску) је што залогопримца лишава обавезе чувања, старања о покретној ствари, а са друге стране залогодавца не лишава државине ствари и свих економских користи од ње током трајања односа обезбеђења.

4. *Начела регистроване залогe* су сва стварноправна и заложноправна начела, од којих постоје и одступања.¹⁷³²

В. Сличности између ретенције и регистроване залогe

На основу претходно наведених особености регистроване залогe могуће је уочити сличности између ова два института.

1. *Заједничка идеја* оба института је потреба за: еквиваленцијом узајамних давања; појачавањем одговорности за испуњење преузетих обавеза и за поштовањем начела савесности и поштења.¹⁷³³ 2. *Заједничка функција* коју врше је *реално обезбеђење потраживања* (конституисано на ствари). 3. Оба права су *акцесорне природе*, а макар начелно су им заједничка и остала заложноправна начела (специјалност, официјелност, недељивост). 4. *Заједнички је објекат* оптерећеног права: оба се углавном заснивају на *покретној ствари*.¹⁷³⁴ 5. У оба случаја је *оптерећена*

¹⁷²⁸ О француској хипотеци на покретним стварима видети: G. Ripert, R. Roblot, *op. cit.*, стр. 721 i dalje; M. Cabrillac, C. Mouli, *Droit des sûretés, cinquième édition*, Paris, 1999., стр. 559 i dalje. О регулативи регистроване залогe у земљама у нашем окружењу видети више код: М., Povlakić, *op. cit.*, стр. 58-89.

¹⁷²⁹ Више о томе код: Н., Тешић, *Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима*, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу – избор радова и анализа, књ. 2, стр. 228.

¹⁷³⁰ Упис у регистар има конститутивно дејство. Видети: чл. 4 ЗРЗ

¹⁷³¹ Тако и: М., Lazić, *Reforma založnog prava u Republici Srbiji*, стр. 81.

¹⁷³² Одступање тако постоји пре свега код начела официјелности (могућност вансудске продаје) и др.

¹⁷³³ Тако и: D., Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, стр. 533.

¹⁷³⁴ Више о збиру ствари, будућој ствари, припацама и плодовима заложене ствари као објекту регистроване залогe видети код: N., Tešić, *Registrovana zaloga*, стр. 138 i dalje.

ствар – туђа (и то, по правилу у својини дужника).¹⁷³⁵ 6. Заједнички је увек део *садржине* ових права, а то је *вршење притиска* на дужника да испуни дуговану престацију, уз извесне разлике (тзв. статична фаза код регистроване залогe, код ретенције је већ динамична). 7. У моделу регулатива у којима је дејство ретенције оснажено овлашћењем *намирења*, оба права свом титулару гарантују право *намирења уз првенствени ранг* (тзв. *динамична фаза*). 8. У *стечају* дужника оба института имају дејство *разлучног права* (у доминантном моделу регулативе ретенције). 9. Оба права су у функцији *претежне заштите интереса обезбеђеног повериоца* (средство појачавања његове правне позиције и осигурања наплате потраживање). 10. Оба института карактерише могућност *вансудског намирења* (што зависи од статуса залогопримца – као физичког или правног лица – привредног субјекта).

Г. Разлике између ретенције и регистроване залогe

Упркос извесним сличностима, разлике између ретенције и регистроване залогe су ипак бројније.

1. *Основ настанка* ретенције је непосредно закон, док је титулус регистроване залогe (најчешће) правни посао,¹⁷³⁶ што значи да ретенција није добровољно обезбеђење, за разлику од регистроване залогe.¹⁷³⁷ 2. *Објекат им је донекле различит*: наиме, регистрована залогa је вид обезбеђења на покретним стварима, али и знатно шире – и на правима. Насупрот томе, ретенција је право које се традиционално везује за ствар као објекат. 3. Ретинент мора имати (у већини регулатива) *непосредну државину* ствари, за разлику од титулара регистроване залогe, као бездржавинског средства обезбеђења (код ког оптерећени објекат остаје у поседу залогодавца). Регистрована залогa остварује публицитет на другачији начин - путем уписа залогe у посебан регистар (који је конститутивног карактера).¹⁷³⁸ 4. У вези са стицањем државине, разлика постоји и у погледу тренутка остварења права на државину: код ретенције је тај

¹⁷³⁵ Ово правило строго важи за ретинирану ствар, али објекат регистроване залогe може бити како у својини дужника обезбеђеног потраживања, тако и у својини трећег лица – у својству залогодавца.

¹⁷³⁶ Видети: Baur, F., Stürner, R., Sachenrecht, § 45 II 10, 515; Lazić, M., (2009). Prava realnog obezbeđenja, Niš, str. 158.

¹⁷³⁷ У упоредном праву су залогопримци код регистроване залогe по правилу банке и други привредни субјекти, а сам институт се сматра правом обезбеђења трговачког права. У домаћем праву није тако, већ су субјекти у правном односу насталим уговарањем регистроване залогe – сва физичка и правна лица. Тако и: М. Лазич, *нав. дело*, стр. 82.

¹⁷³⁸ У вези са овим, важно нам се чини запажање да је елиминисање потребе за поседом (дужникове) ствари основна предност овог облика залогe; насупрот томе, посед ствари се управо чини базичном *предношћу* ретинента, тј. његовом фактичком привилегијом у односу на све друге повериоце.

тренутак ранији, одређен моментом кумулативног испуњења свих законских услова за стицање ретенције; а код регистроване залогe – тај тренутак је каснији (одређен у закону). 5. Различита је и подела овлашћења и обавеза (*разлика у садржини права*) залогопримца и заложног дужника у односу на ретинента и противника ретенције. 6. Титулар регистроване залогe увек има *овлашћење намирења* из ствари у случају неплаћеног потраживања (обезбеђеног права) о доспелости; док ретинент у концепту обичне ретенције може користити ово право искључиво у сврху вршења психолошког притиска на дужника да дуг добровољно измири. 7. Право ретенције могуће је реализовати под одређеним условима и *пре доспелости* обезбеђеног потраживања, у случају инсолвентности дужника, за разлику од регистроване залогe, коју је могуће реализовати тек по доспелости. 8. Регистрована залогa је несумњиво једно од *стварних права на туђој покретној ствари*, чији се *публицитет* остварује уписом у посебан јавни регистар, те је прати *право следовања* (дакле и апсолутно дејство *erga omnes*). Насупрот томе, ретенција је право чији је услов настанка и опстанка – *непосредна државина* покретне ствари, која мора бити видљива и непрекидна, као услов настанка и гаранција публицитета ретенције (а њено дејство је свакако шире од дејства *inter partes*, али и уже од дејства *erga omnes*). 9. Ретинент нема *право следовања*,¹⁷³⁹ дакле ни право на петиторну *защиту*, за разлику од титулара регистроване залогe. 10. Ипак, иако је неспорно реч о једном модалитету заложног права, регистрована залогa је институт који показује битна *одступања од типичних заложноправних начела* (која иначе важе за ретенцију), а то су: специјалност¹⁷⁴⁰, акцесорност, официјелност¹⁷⁴¹ и недељивост¹⁷⁴². 11. Разлика постоји и у *начину престанка* ова два института. Наиме, модус престанка регистроване залогe је испис из јавног регистра (док упис и испис нису начини стицања, односно престанка ретенције, нити њен начин остваривања публицитета). 12. Коначно, очигледна разлика је и у *дужини трајања правне традиције* ова два института: наиме, док ретенција потиче још из римског права, регистрована залогa је право обезбеђења новијег порекла.

¹⁷³⁹ Одсуство права следовања ретинента се у литератури често означава као есенцијална разлика између ова два института. Видети: В., Morait, Obligaciono pravo, Knjiga I, Vanja Luka, 1997., str. 101; D., Medić, Založno pravo, Vanja Luka, 2002., str. 57.

¹⁷⁴⁰ Регистрованом залогом се тако могу обезбедити и условно и будуће потраживање, за разлику од ретенције (која захтева постојање садашњег и доспелог потраживања, као предуслов свог настанка). Ипак, начело специјалности се сматра очуваним, будући да се у регистар мора уписати највише могући износ будућег или условног потраживања. Видети: чл. 7 ЗРЗ.

¹⁷⁴¹ Осим судске продаје оптерећене ствари, дозвољена је и вансудска продаја објекта регистроване залогe.

¹⁷⁴² Чл. 39 ЗРЗ

2.2.3. Разграничење ретенције и законског заложног права

А. Појам законске залогe

Законска залога¹⁷⁴³ се може дефинисати као специфично право обезбеђења потраживања које настаје: принудно, не само непосредно *ex lege*, већ и по сили закона (*ipso iure*)¹⁷⁴⁴, *мимо и против воље дужника*; најчешће на покретним стварима, као законска ручна залога (*pignus necessarium*), а ређе и на правима и непокретним стварима дужника (законска хипотека)¹⁷⁴⁵; и које титулару гарантује првенствено намирeње.¹⁷⁴⁶ Реч је о праву реалног обезбеђења које није увек државинско¹⁷⁴⁷, будући да у појединим облицима постоји и без предаје ствари (а у неким регулативама и без уписа у јавни регистар).

Б. Карактеристике законске залогe

1. *Позитивна регулатива законске залогe.* У домаћем праву законска залога представља законом експлицитно нормирано право принудног обезбеђења

¹⁷⁴³ У доктрини се сматра спорним питање: да ли треба ставити знак једнакости између законске залогe (нарочито законске хипотеке) и законских привилегија или не. Законске привилегије су до скоро биле одређене у чл. 137 Закона о извршењу и обезбеђењу као: потраживања чије намирeње по закону има предност у односу на остала обезбеђена и необезбеђена потраживања (трошкови извршног поступка и условно, потраживања по основу законског издржавања). Више о томе: М. Живковић, Хипотека и земљишни дуг, стр. 162-163; *Cf.* Z. Rašović, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, стр. 170-171.

¹⁷⁴⁴ Законска залога настаје не само против воље дужника, већ и без захтева повериоца (за разлику од ретенције). Тако се у доктрини истиче да овај тип залогe настаје „аутоматски“. Видети: I., Jankovec, *Pravnogredno pravo*, Beograd, 1981., стр. 219. Слично и: R. Kovačević-Kuštrimović, M. Lazić, *nav. delo*, стр. 258. О дејству *ipso iure* говори и чињеница да поверилац и дужник у питању чак не могу уговором ни укинути ову гаранцију. О томе: S., Carić, *Međunarodni transport robe*, Novi Sad, 1972., стр. 155.

¹⁷⁴⁵ У домаћем праву законска хипотека је предвиђена Законом о пореском поступку и пореској администрацији у корист пореског повериоца, а за потраживања пореза и других дажбина (јавних прихода). Међутим, у делу домаће доктрине се чак и законска залога превозиоца, комисионара, шпедитера и сл. из ЗОО назива „законском хипотеком“, али нама се чини да је важно уочити разлику између законске хипотеке (као типичног недржавинског права обезбеђења) и законских заложних права ових привредника, која настају искључиво на покретним стварима дужника, а захтевају посед оптерећене ствари (оне су врста ручне залогe, тј. *pignus-a*). *Cf.* R. Kovačević – Kuštrimović, M. Lazić, *nav. delo*, стр. 258.

¹⁷⁴⁶ Обележје свих типова законске залогe је да титулару омогућавају првенствено намирeње у односу на уговорну ручну залогу, а неке од њих и у односу на регистровану залогу. У конкуренцији регистроване залогe и именованих законских залогa из ЗОО приоритет несумњиво имају законске залогe из ЗОО. Ипак, када конкуришу на намирeње регистрована залогa и остале законске залогe у доктрини се сматра да предност има регистрована. Више о овој проблематици: Н. Тешић, *Регистрована залогa*, стр. 197; Н. Планојевић, *нав. дело*, стр. 299 и 317; D. Milenović, *Zaloga na pokretnim stvarima u našem i uporednom pravu*, *Pravni život*, br. 5/83, стр. 633.

¹⁷⁴⁷ О елиминисању потребе за континуираним постојањем државине код законске залогe видети: З. Рашовић, *нав. дело*, стр. 45.

потраживања углавном на покретним, а ређе и на непокретним стварима и правима. Законска ручна залога је регулисана у више случајева у ЗОО, као и у Закону о наслеђивању,¹⁷⁴⁸ али и у другим посебним законима. Типични случајеви у којима је ово право признато у оквиру одређених уговорних односа у привреди¹⁷⁴⁹ у домаћем ЗОО су: законска залога посленика¹⁷⁵⁰, превозиоца¹⁷⁵¹, складиштара¹⁷⁵², налогопримца¹⁷⁵³, комисионара¹⁷⁵⁴, трговинског заступника¹⁷⁵⁵, отпремника¹⁷⁵⁶ и вршиоца контроле¹⁷⁵⁷. Сви ови случајеви законске залоге постоје у привредноправним односима, служе олашању и убрзању трговачког промета, а томе у прилог иде и правило о првенственом рангу намирења - обрнутим редоследом у односу на онај којим су ова права настајала. Ово је специфичност законског заложног права у привредним односима и важно одступање од општег правила грађанског права о редоследу намирења *prior tempore potior iure*, а које оправдавају практични разлози.¹⁷⁵⁸

Што се тиче упоредног права, све савремене регулативе нормирају више модалитета овог законског обезбеђења потраживања, а нарочито на покретним стварима у трговачкој сфери промета¹⁷⁵⁹. Ипак, домашај овог права обезбеђења у свим претходно наведеним случајевима није велики, будући да је по правилу реч о: 1) тачно

¹⁷⁴⁸ Законску ручну залогу има наследник на деловима заоставштине додељеним другом наследнику, за тим законом одређена потраживања, која му је он дужан платити. Видети: Закон о наслеђивању Републике Србије, Сл. Гласник бр. 46/95, 101/2003. Више о овом модалитету законског заложног права и приоритету намирења овог залогопримца видети: Н. Тешић, *Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима*, стр. 234.

¹⁷⁴⁹ О особеностима законског заложног права код односа у привреди видети више код: I., Jankovec, *Odrednica Zakonasko založno pravo u privrednim poslovima*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978., Tom treći, str. 912-918; Z. Petrović, V. Kozar, *Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u pravedi*, str. 84-95; В. Живковић, А. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 185; V., Bilbija, *нав. дело*, стр. 81.

¹⁷⁵⁰ Чл. 628 ЗОО

¹⁷⁵¹ Чл. 679 ЗОО

¹⁷⁵² Чл. 736 ст. 2 ЗОО

¹⁷⁵³ Чл. 763 ЗОО

¹⁷⁵⁴ Чл. 786 ЗОО

¹⁷⁵⁵ Чл. 809 ЗОО

¹⁷⁵⁶ Чл. 846 ЗОО

¹⁷⁵⁷ Чл. 853 ЗОО

¹⁷⁵⁸ У доктрини се истиче да је овакав редослед намирења логичан, јер се заложена ствар у тренутку намирења налази у рукама последњег, а не првог повериоца. М., Орлић, *Одредница Заложно право*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том трећи, стр. 953 и даље; G., Ajnšpiler, *Ugovori trgovinskog prava, Savremena praksa*, Beograd; V. Karor, S. Carić, *нав. дело*, стр. 57 i dalje.

¹⁷⁵⁹ О појединим типовима законског заложног права на покретностима у односима у привреди у праву Републике Српске и Федерације БиХ (иначе слично регулисаним као у домаћем ЗОО) видети више код: D., Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, str. 90-91. О законском заложном праву у хрватској и словеначкој регулативи видети: В. Живковић, А. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 177-178, 181.

одређеним покретним стварима; 2) тачно одређеним потраживањима; и 3) о услову конекситета, који мора постојати за сваки поједини случај законске залогe.¹⁷⁶⁰

2. *Услови заснивања.* Суштинско обележје овог типа залогe јесте специфичан начин њеног настанка: мимо воље дужника, директно на основу закона. Иако бројне случајеве законске залогe карактерише и постојање поседа оптерећене ствари на страни залогопримца, ово средство обезбеђења потраживања нема нужно државински карактер. То значи да начелно настаје и без предаје покретне ствари као модуса стицања, а дуго је у домаћем праву постојало и без уписа овог оптерећења у јавном регистру (када је непокретност оптерећени објекат). *Modus acquirendi* стицања законске залогe у домаћем праву било је кумулативно остварење свих, посебним законом предвиђених, услова за њено конституисање.¹⁷⁶¹ Ово је и даље одлика законског заложног права на покретним стварима, за разлику од законске хипотеке која, након измена Закона о хипотеци¹⁷⁶², формално настаје тек уписом овог оптерећења у јавном регистру.¹⁷⁶³

3. *Функција законске залогe.* Сврха регистроване залогe је *обезбеђење потраживања* и то без потребе за претходним уговарањем средства обезбеђења у сваком појединачном случају. На тај начин се аутоматски, брзо, ефикасно одвија правни (привредни) промет, доприноси сигурности поверилаца и обезбеђује реализација првенственог намирeња, на донекле специфичан начин. У ситуацији када је обезбеђени (порески) поверилац држава, заснивање законске залогe нема функцију

¹⁷⁶⁰ Тако се у литератури истиче да ствар која је оптерећена законском залогом мора доспети у руке повериоца управо на основу привредноправног посла, по основу ког дужник предаје ту ствар повериоцу. М., *Stražnicki, Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb, 1926.*, стр. 181. Изузетак од овог правила представља само законска залогa у оквиру уговора о комисиону. Видети: V., *Bilbija, nav. delo*, стр. 82; D., *Medić, nav. delo*, стр. 90.

¹⁷⁶¹ D. *Medić, Novo stvarno pravo Republike Srpske*, стр. 88; I., *Babić, Založno pravo*, стр. 10; P. *Ковачевић – Куштримовић, М. Лазић, nav. дело*, стр. 257. Ово је било прописано чл. 64 ЗОСПО Републике Србије, али је тај члан брисан и више не важи.

¹⁷⁶² Видети: чл. 8 Закона о хипотеци и чл. 87 Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Законска хипотека тако сада настаје на непокретностима у својини дужника, тренутком уписа у јавни регистар на основу решења Пореске управе. О проблематици овог решења видети: P. *Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, nav. дело*, стр. 257. Коментар чл. 8 ЗХ видети у: М., *Париводић, Предговор Закона о хипотеци*, стр. 13.

¹⁷⁶³ На тај начин је обезбеђен публицитет овог права обезбеђења (и очувано начело уписа), што се традиционално у доктрини означавало као највећа мана овог института. Ипак, у делу доктрине се оцењује да је упис законске хипотеке (поготово ако је конститутивног карактера) неусклађен са особеном правном природом овог института. Публицитет законске хипотеке се раније темељио на „претпоставци познавања закона и типичности ових залогa“. О овој проблематици видети више код: Ж, *Перић, О првенственом праву наплате између државе и хипотекарних поверилаца, Београд, 1901*; L. *Marković, Hipotekarno pravo*, стр. 130-145; *Станковић-Орлић, nav. дело*, стр. 238; M. *Vuković, Osnovi stvarnog prava, Zagreb, 1950.*, стр. 201 i dalje; D., *Vuksanović, Pravna priroda privilegovanih potraživanja, magistarski rad, Pravni fakultet Beograd, 2005*; D. *Vuksanović, Privilegovana potraživanja u našem pravu*, u: *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Beograd, 2004.*, стр. 227-235. D., *Medić, nav. delo*, стр. 91.

заштите приватног интереса повериоца-трговца, већ знатно шире – заштиту општег интереса, државног буџета.

4. *Начела законске залогe су начелно сва стварноправна и заложноправна начела. Ипак, код законске залогe постоје извесна одступања и то од: начела публицитета и временског приоритета при одређивању права првенственог намирења, у конкуренцији више реално обезбеђених поверилаца.*

В. Сличности између ретенције и законског заложног права

На основу претходно наведених особености законске залогe могуће је уочити следеће сличности између овог права обезбеђења и ретенције.

1. *Заједничка идеја* оба института је потреба за појачавањем одговорности дужника за испуњење преузетих обавеза. 2. Законска залогa и ретенција имају заједнички *основ настанка*, а то је *непосредно закон (ex lege)*. 3. Заједничко обележје ова два права је одсуство елемента воље дужника-власника оптерећене ствари; оба права *настају принудно, мимо и против воље дужника*. 4. Заједничка *функција* коју врше је *реално обезбеђење потраживања* (конституисано на ствари). 5. Оба права су *акцесорне природе*, а заједничка су им и остала заложноправна начела (специјалност, официјелност и недељивост). 6. Заједнички је *објекат* оптерећеног права: по правилу се оба заснивају на *покретним*, а ређе и на непокретним стварима. 7. У оба случаја је *оптерећена ствар – туђа* и то у својини дужника (дакле, функционишу као *iura in re aliena*). 8. Заједнички је део *садржине* ових права, а то је намирење већ доспелог, неизмиреног потраживања у оба случаја (под условом да је ретенција квалификована). Наиме, законска залогa на непокретностима и на покретним стварима по Закону о пореском поступку и пореској администрацији¹⁷⁶⁴, могућа је само за доспело потраживање, баш као и ретенција. Законска хипотека и законска регистрована залогa се заснивају ради обезбеђења пореског потраживања у принудној наплати пореза, али се могу конституисати и *одмах по доспелости* пореза и споредних пореских давања.¹⁷⁶⁵ Ова сличност је кључна, будући да су у том погледу – ретенција и законска залогa најсличнији институти. 9. У моделу регулатива у којима је дејство ретенције оснажено

¹⁷⁶⁴ *Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji*, Sl. Glasnik RS, br. 80/02, 84/02 - ispravka, 23/03 - ispravka, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - dr. zakon, 62/06 - dr. zakon, 61/07, 20/09, 72/09 - dr. zakon, 53/10, 101/11, 2/12 - ispravka, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14.

¹⁷⁶⁵ Пореско потраживање, које је предмет обезбеђења овом законском залогом, према одредбама овог закона обухвата: изворне јавне приходе које утврђује, наплаћује и контролише у јавноправном односу порески поверилац.

овлашћењем намирења, оба права титулару гарантују право првенственог намирења у тзв. *динамичној фази* (уз извесне особености). 10. У *стечају* дужника оба института имају дејство *разлучног права* (у доминантном моделу регулативе ретенције). 11. Оба права су у функцији *претежне заштите интереса обезбеђеног повериоца*, као средства појачавања његове правне позиције и осигурања наплате потраживање.

Г. Разлике између ретенције и законске залогe

Упркос бројним и значајним сличностима, разлике између ретенције и законске залогe ипак постоје, иако су на први поглед, тешко уочљиве.

1. Разлика пре свега постоји у *субјектима*: круг лица која су титулари законског заложног права је ужи. Титулар законске залогe је држава, односно јединица локалне самоуправе (према пореском закону) или круг лица наведен у ЗОО; док, титулар ретенције може бити свако лице без ограничења. 2. Разлика постоји и у врсти обезбеђеног потраживања: у питању су тачно одређена потраживања према пореском закону - порези и друге дажбине, као и лимитиран број потраживања према ЗОО; а са друге стране, то може бити свако потраживање – када је реч о ретенцији. 3. Иако оба права настају непосредно на основу закона, по ставу неких аутора, важна разлика је у чињеници да законска залогa настаје *по сили закона (ipso iure)*, а ретенција *ex lege*, али не и по сили закона. Ми се не бисмо могли са тим сложити или бар не када су у питању повериоци из ЗОО, за које не бисмо могли рећи да имају обавезу да врше законско заложно право за своја потраживања из уговора наведених у ЗОО. За државу у улози повериоца можда из неких других прописа се може извести обавеза на наплату потраживања из Закона о пореском поступку и пореској администрацији, па самим тим и на вршење законске залогe, јер је реч о новцу који улази у буџет и неопходан је за финансирање државе. 4. Ретинент безизузетно мора имати (*непосредну државину*) ствари, за разлику од титулара законске залогe, која фигурира и као бездржавинско средство обезбеђења (оптерећени објекат понекад остаје у поседу залогодавца).¹⁷⁶⁶ 5. *Објекат ова два права је донекле различито одређен*: законска ручна залогa постоји само на покретним стварима и то у привредном промету; законска регистрована залогa такође постоји на покретностима (са истим својствима као и законска хипотека); а

¹⁷⁶⁶ Ипак, ручна законска залогa код уговора у привреди подразумева постојање државине покретне ствари, али постојање поседа за све време трајања овог односа обезбеђења - није предуслов њеног опстанка (за разлику од ретенције, која се губи аутоматски губитком поседа).

законска хипотека је посебан модалитет законске залогe, који постоји само на непокретностима. Насупрот томе, за ретенцију је у неким регулативама (и по неким доктринарним схватањима) спорно да ли се односи и на непокретности (и са каквом садржином)¹⁷⁶⁷ или само на покретне ствари (једино је у ШГЗ ово питање недвосмислено регулисано)¹⁷⁶⁸. 6. Законска залога и ретенција *остварују публицитет на другачији начин*. Наиме, законска хипотека остварује публицитет путем уписа у јавни регистар (који је конститутивног карактера)¹⁷⁶⁹; док законска ручна залога покретности код уговора у привреди постоји и без оваквог публицитета,¹⁷⁷⁰ као и ретенција. 7. Титулар законске залогe увек има *овлашћење намирења* из ствари у случају неплаћеног потраживања (обезбеђеног права) о доспелости; док ретинент код обичне ретенције може користити ово право искључиво у сврху вршења психолошког притиска на дужника да дуг добровољно измири. 8. Законска залога је једно од *стварних права на туђој покретној ствари*, по правилу уз *публицитет*, који гарантује апсолутно дејство *erga omnes*. Насупрот томе, ретенција је право чији је услов настанка и опстанка – *непосредна државина* покретне ствари, која мора бити видљива и непрекидна, као гаранција публицитета ретенције, а њено дејство (иако апсолутно), ипак је уже од дејства *erga omnes*. 9. Ретинент нема *право следовања*, дакле ни право на петиторну *заштиту* (већ само на државинску), за разлику од титулара законске залогe. 10. Иако ретенција у великом броју регулатива има оснажени ефекат – представља не само средство вршења притиска на дужника, већ и право првенственог намирења, чак ни тада се *редослед у намирењу* обезбеђених поверилаца не одређује на исти начин.¹⁷⁷¹ 11. Разлика постоји и у *начину престанка* ова два права. Наиме, законска хипотека и законска регистрована залога, по одредбама важећег пореског закона, трају до

¹⁷⁶⁷ Наиме, стварна права на непокретностима настају тек уписом у јавни регистар права на непокретностима (који има конститутивни карактер); док ретенција настаје непосредно на основу закона.

¹⁷⁶⁸ А чак и у регулативама које начелно допуштају ретенцију непокретности, спорно је да ли је могуће намирење из оваквог објекта.

¹⁷⁶⁹ За разлику од ранијих прописа по којима законска хипотека није имала публицитет, сада и она настаје *моментом уписа* у јавни регистар права на непокретностима. Настаје на непокретностима дужника, моментом уписа у регистар на основу решења Пореске управе (чему претходи попис непокретности). Видети: чл. 8 Закона о хипотеци и чл. 87 Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Више код: Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 317 и 373.

¹⁷⁷⁰ Насупрот томе, ретенција као строго државинско средство обезбеђења, не постоји без фактичке власти ретинента на ретинираној ствари, те је њено континуирано држање једини начин постојања института, остваривања публицитета овог права и дејства према трећима. Са друге стране, када је у питању ретенција непокретности – не постоји могућност уписа овог права обезбеђења у јавни регистар права на непокретностима (за разлику од законске хипотеке).

¹⁷⁷¹ Наиме, док је у грађанском праву редослед намирења конкуришућих реално обезбеђених поверилаца одређен временским принципом *prior tempore...*, право првенственог намирења титулара законске залогe превозника, комисионара, отпремника и др., код одређених уговора у привреди се одређује обрнутим редоследом у односу на време конституисања ових права (од последњег насталог, ка раније насталим).

намирења пореског дуга или поништења пореског решења, док ретенција престаје намирењем или на неки од различитих непосредних начина (независно од постојања потраживања). 12. Разлика је и у *врсти и значају интереса* које ова два права обезбеђења штите: а) ретенција штити превасходно интересе угрожених поверилаца, као грађанскоправних субјеката и обезбеђује еквиваленцију узајамних давања; б) са друге стране, *ratio* законске залогe (конкретно, законске хипотеке и законске регистроване залогe) је заштита јавног интереса, интереса државе и њеног фискаса, односно заштита интереса посебне категорије поверилаца – за одређена потраживања у привреди предвиђена у ЗОО. 13. Коначно, иако оба ова права, по правилу, обезбеђују само доспела потраживања, у оба случаја постоји по један законом дозвољени изузетак, али другачије конципиран. Наиме, право ретенције могуће је изузетно засновати и *пре доспелости* обезбеђеног потраживања у случају тзв. *нужне ретенције*, услед инсолвентности дужника. Са друге стране, законска хипотека и законска регистрована залога такође су могуће у једном изузетном случају и то: ради обезбеђења наплате пореза који није доспео за наплату или који није утврђен, али је покренут поступак утврђивања или контроле, а постоји опасност да порески обвезник осујети, онемогући, односно учини неефикасном његову наплату. Пореска управа у том случају може решењем установити привремене мере за обезбеђење наплате, а то су заложна права на покретним стварима, непокретностима, новчаним средствима и потраживањима пореског дужника.¹⁷⁷²

На основу свих претходно наведених, мање или више изражених разлика између законске залогe и ретенције, можемо закључити да су суштинске разлике минималне, а тичу се два елемента: субјеката (титулара ових права обезбеђења) и врсте обезбеђеног потраживања. Оба ова елемента су код законске залогe додатно ограничена у односу на ретенцију, која стога има неупоредиво шири домашај у пракси.

¹⁷⁷² По одредбама овог пореског закона, може настати и хипотека у поступку одлучивања о одлагању плаћања пореског дуга, када се од пореског обвезника у том циљу захтева давање неког од средстава обезбеђења наплате; али се ту не ради о законском заложном праву. Видети: чл. 73 и 74 Закона.

2.2.4. Разграничење између ретенције и добровољне (уговорне) ручне залогe

А. Појам ручне залогe

Ручна залогa (*pignus voluntarium*) се може дефинисати као врста заложног права, која настаје предајом ствари у посед залогопримца, а на основу пуноважног правног посла (дакле, у складу са *вољом дужника*); искључиво на покретним стварима, које су у својини залогодавца (дужника или трећег лица) и које титулару гарантује првенствено намирење из заложене покретне ствари за случај да дужник не намири потраживање о доспелости. Реч је о праву реалног обезбеђења, које је увек и искључиво државинског карактера, што се у литератури најчешће означава као његова кључна мана у савременом правном промету.¹⁷⁷³

Б. Карактеристике ручне залогe

1. *Позитивна регулатива ручне залогe.* У домаћем праву ручна залогa је регулисана у ЗОО, као право уговорног обезбеђења потраживања на покретним стварима. Особеност домаћег решења је нормирање ручне залогe у облигационом закону (уместо у закону о стварним правима, што је иначе доминантно опредељење страних регулатива) и то: не као *права* ручне залогe, већ као *особеног уговора о ручној залози*,¹⁷⁷⁴ чиме се ствара дилема о правној природи овог реалног права обезбеђења, које чини део *numerus clausus-a* домаћих стварних права.¹⁷⁷⁵

Исто, а по нашем мишљењу неадекватно, решење садржи и нацрт Грађанског законика, који „давање у залогу телесних ствари“ (ручну залогу) регулише такође у облигационом делу законика,¹⁷⁷⁶ за разлику од регистроване залогe и хипотеке, које нормира у делу о стварним правима. Стога сматрамо знатно адекватнијим решењем

¹⁷⁷³ Више о ручној залози видети код: М. Бартош, Л. Марковић, *нав. дело*, стр. 69; С. Стојковић, *Основи грађанског права*, 162-165; О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 246-257; Д. Стојановић, В. Павићевић, *Pravo obezbeđenja kredita*, стр. 147-185; Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 204 и даље; В. Живковић, А. Кнежевић, *нав. дело*, стр. 174 и даље; З. Петровић, В. Козар, *нав. дело*, стр. 82-83; З. Раšовић, *Stvarno pravo*, стр. 379 и даље; И., Бабић, *Основи имовинског права*, стр. 319 и даље; А., Викић, *нав. дело*, стр. 144 и даље. О „превазиђености“ ручне залогe у савременом правном промету: У. Drobnig, *Ka novom stvarnom pravu Srbije*, стр. 158-159.

¹⁷⁷⁴ Видети: чл. 966 ЗОО

¹⁷⁷⁵ Више о критици овог решења код: Д. Хибер, М. Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, стр. 139.

¹⁷⁷⁶ Видети: чл. 1525-1539 Нацрта ГЗС

предлог Нацрта законика о својини и другим стварним правима из 2011.,¹⁷⁷⁷ којим је ручна залога сврстана међу *iura in re aliena*.¹⁷⁷⁸ У упоредном праву¹⁷⁷⁹ се ручна залога нормира као ограничено стварно право, упоредо са низом савременијих, недржавинских права реалног обезбеђења, што сведочи о потреби за њеним постојањем и у савременим условима.

2. *Услови заснивања*. Обележје овог типа залогe је њен настанак на основу: пуноважног уговора (као титулуса),¹⁷⁸⁰ уз предају покретне ствари у посед залогопримца (као модуса). Иако спада у државинска средства реалног обезбеђења потраживања, ручна залога ипак не подразумева постојање непосредне државине залогопримца, већ је за њено конституисање довољна околност да *не постоји искључива државина залогодавца*.¹⁷⁸¹ Ова чињеница ручну залогу квалификује као право које ипак није „егзистенцијално“ повезано са држањем ствари у рукама (за разлику од ретенције).

3. *Функција ручне залогe*. Сврха ручне залогe је *обезбеђење потраживања и ојачање имовинскоправне позиције повериоца*, као титулара потенцијално угроженог потраживања. На тај начин се обезбеђује реализација права првенственог намирења на заложеној покретној ствари, у складу са вољом дужника, а уз његову депосесију. Тиме је обезбеђен публицитет овог права обезбеђења, али се пренос поседа уједно у доктрини општеприхваћено означава као највећа мана овог института. Због тога је у промету (нарочито привредном) ручна залога потиснута различитим бездржавинским средствима обезбеђења (регистрована залога, фидуцијарни пренос својине и сл.).

4. *Начела ручне залогe су сва стварноправна и заложноправна начела*.¹⁷⁸²

¹⁷⁷⁷ Видети: чл. 450-486 Нацрта из 2011.

¹⁷⁷⁸ Критички осврт на регулативу ручне залогe у Нацрту из 2011. Видети у: U. Drobnig, Ка новом стварном праву Србије, стр. 158-159.

¹⁷⁷⁹ О регулативи ручне залогe у македонском праву видети: J. Dabovik- Anastasovska, N. Gavrilovik, *op. cit.*, стр. 172-176. О ручној залози у хрватском праву видети: N., Gavella, *op. cit.*, стр. 749 i dalje.

¹⁷⁸⁰ Ручна залога настаје на основу правног посла (по правилу уговора), мада теоријски то може бити и на темељу завештања. Ипак, у пракси овакав титулус настанка *pignus-a* је редак. Тако и: Н., Планојевић, *нав. дело*, стр. 296.

¹⁷⁸¹ Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 139; О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 246.

¹⁷⁸² У доктрини се најчешће помиње важење начела акцесорности и специјалности заложног права, као начела која се односе како на ручну залогу, тако и на ретенцију, али је несумњиво да за ретенцију аналогно важе и остала заложноправна начела (официјелност и недељивост), као и бројна стварноправна начела, а најзначајнија су - публицитет и приоритет). Видети: Z. Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, стр. 163; Д. Хибер, М: Живковић, *нав. дело*, стр. 172.

В. Сличности између ретенције и ручне залогe

Прегледом ставова доктрине о односу ретенције са сродним институтима грађанског права, уочава се инсистирање већине аутора на важности разграничења ретенције управо од овог института. Сличности јесу бројне, о чему сведочи и чињеница да је у ШГЗ ретенција регулисана у оквиру одељка о залози на покретним стварима (као подврста залогe). Са друге стране, у домаћем праву и регулативама из нашег окружења (које су усвојиле квалификовани модел ретенције) предвиђена је аналогна примена појединих правила о заложном праву и на ретенцију (у вези са намирењем). Будући да се законска аналогија примењује само на основу претходно утврђене (а правно релевантне) сличности између регулисаног и нерегулисаног института, очигледно је да сличности између ретенције и ручне залогe нису мале, те да захтевају детаљније разматрање. Компарацијом ова два института могуће је издвојити следеће сличности.

1. *Заједничка идеја* оба института је потреба за појачавањем одговорности дужника за испуњење преузетих обавеза, односно потреба за ојачањем правног положаја повериоца¹⁷⁸³. 2. Титулари оба права морају имати *државину* ствари, јер је за настанак оба института потребна предаја покретне ствари у посед залогопримцу/повериоцу-ретиненту (оба права су реална обезбеђења потраживања *државинског карактера*).¹⁷⁸⁴ 3. Ручна залога и ретенција *остварују публицитет на исти начин* (држањем, односно детенцијом ствари) и по нашем мишљењу, оба карактерише постојање посебног *права на државину*. 4. Из поседа ствари, код оба института произлазе исте кључне *обавезе за залогопримца, односно ретинента* (као држаоца оптерећене ствари) да ствар чувају, одржавају и врате неоштећену по намирењу обезбеђеног потраживања. 5. *Заједничка функција* коју врше је *реално обезбеђење потраживања* (конституисано на телесној ствари). 6. *Не постоји захтев за формом* у послу који претходи заснивању ових права, када ретенција настаје на основу уговора - будући да се оба института (ручна залога увек, а ретенција најчешће) односе на покретне ствари (а располагање њима не захтева формалне правне послове). Притом, код уговорне ретенције је свакако довољна консенсуалност, а код законске је уговор

¹⁷⁸³ D., Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, str. 175.

¹⁷⁸⁴ Тако и: *Pravna enciklopedija*, str. 454.

непотребан. 7. Оба права су акцесорне (споредне) природе,¹⁷⁸⁵ а заједничка су им и остала заложноправна начела (специјалност, официјелност¹⁷⁸⁶ и недељивост¹⁷⁸⁷). 8. Заједнички им је и објекат оптерећеног права: оба се заснивају на покретним стварима¹⁷⁸⁸ (с тим што ретенција начелно може и на непокретним, а ручна залога не). 9. У оба случаја је оптерећена ствар – туђа (дакле, оба института функционишу као *iura in re aliena*).¹⁷⁸⁹ 10. Заједничко је примарно дејство ових права, а то је вршење притиска на дужника да испуни дуговану престацију (уз извесне разлике), што је уједно и крајњи лимит у дејству обичне ретенције. Осим тога, у доминантном броју регулатива им је заједничка и друга, тзв. динамична фаза (са извесним особеностима), као што је случај у домаћем праву, као и правима из нашег окружења. 11. И ручна залога и ретенција омогућавају намирење повериоца из оптерећене ствари и за застарела потраживања.¹⁷⁹⁰ 12. У моделу регулатива у којима је дејство ретенције оснажено овлашћењем намирења, оба права титулару гарантују право првенственог намирења,¹⁷⁹¹ са истим редоследом у намирењу више конкуришућих реално обезбеђених поверилаца (*prior tempore...*). 13. У стечају дужника оба института имају дејство разлучног права (у доминантном моделу регулативе ретенције). 14. Оба права делују и према трећим лицима (са одређеним разликама).¹⁷⁹² 15. Оба права имају спорну

¹⁷⁸⁵ Разлика ипак постоји у погледу акцесорности залогe у припадању, што није одлика ретенције. Више о томе: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 172.

¹⁷⁸⁶ Од начела официјелности постоји одступање за односе у привреди, где постоји могућност вансудског намирења.

¹⁷⁸⁷ Недељивост је експлицитно законом предвиђена за један модалитет ретенције, а то је угоститељска ретенција. Видети: чл. 728 ЗОО. За све остале случајеве недељивост није предвиђена непосредно, али се у доминантном делу домаће доктрине примењује аналогно. Више о овој проблематици: Д., Медић, Однос права ретенције и заложног права, стр. 35. Ипак, не треба занемарити чињеницу да се у литератури већ дуже упозорава на потребу за одступањем од овог начела из разлога правичности. Видети: Z. Rašović, *нав. дело*, стр. 163.

¹⁷⁸⁸ У доктрини је општеприхваћен став да новац (као врста покретне ствари) може бити објекат и ручне залогe и ретенције. Тако и: Б. Визнер, Коментар ЗОО, стр. 382.

¹⁷⁸⁹ Ипак, код ретенције је оптерећена ствар нужно дужникова, док код ручне залогe у улози залогодавца може бити и треће лице (које није лични дужник обезбеђеног потраживања). Део домаће доктрине тако закључује да према дејству ретенције, које је врло блиско дејству ручне залогe, можемо закључити да је у оба случаја реч о специфичним стварним правима на туђој ствари, те да „ретенција није неко облигационо право“. Видети: С. Перовић, Д. Стојановић, Коментар закона о облигационим односима, *нав. дело*, стр. 37.

¹⁷⁹⁰ Тако и: С., Перовић, Коментар Закона о облигационим односима, стр. 673. Ипак, важно је напоменути да код ретенције постоји ограничење: ствар мора доспети у руке повериоца пре наступања застарелости потраживања. Тако и: В., Loza, *op. cit.*, стр. 185; Z. Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, стр. 163.

¹⁷⁹¹ Чак је у ЗОО предвиђено намирење ретинента по правилима о намирењу залогопримца.

¹⁷⁹² *Cf.* Поједини аутори наводе као разлику између ова два института следеће: „право задржавања изазива само облигационоправна дејства, за разлику од заложног права које је стварно право“. Видети: I., Babić, *Založno pravo...*, стр. 7. Иако је овим аутор навео своје виђење правне природе ретенције (као облигационог, а не стварног права) сматрамо да није на месту тврдња да овај институт има само релативноправна дејства.

правну природу, мада из различитих разлога.¹⁷⁹³ 16. За оба права постоји (макар начелно) *могућност стицања од невластника*¹⁷⁹⁴ (по правилима о стицању својине од невластника), мада је за ручну залогу то готово несумњиво, а за ретенцију у доктрини – ипак спорно. 17. Због свих претходно наведених сличности, неки законодавци ручној залози и ретенцији придају *исто системско место*, регулишући ова два института у закону један поред другог, у стварноправном делу грађанског законика. Таква је ситуација у АГЗ¹⁷⁹⁵ и ШГЗ¹⁷⁹⁶ (али и у Нацрту из 2011.¹⁷⁹⁷). Са друге стране, у домаћем праву (и регулативама у нашем окружењу) системско место за оба института је заједничко, али у облигационом закону. 18. У многим регулативама¹⁷⁹⁸ је предвиђена *сходна примена правила о намирењу залогопримца* и на начин намирења ретенента, чиме се потенцијално отвара могућност за прављење додатних паралела између ова два института. У том смислу је, чини се, најдаље отишао творац Нацрта из 2011. прописујући *сходну примену свих одредаба о ручној залози и на ретенцију*.¹⁷⁹⁹ На овај начин је предвиђена сходна примена: не само одредбе о начину намирења залогопримца и за ретенента (што је иначе случај у домаћем позитивном праву), већ сходна примена *свих одредаба о ручној залози и на право ретенције*. Тиме је изражен став творца Нацрта о сличности ова два института, што је логично решење, пошто је

¹⁷⁹³ Код ручне залоге постоји облигациони уговор (о залози), који ствара релативноправни однос између сауговорача са дејством *inter partes*, уз апсолутни однос овог стварног права према свим трећим лицима (*erga omnes*), због чега се залог у доктрини најчешће означава као мешовито право. Са друге стране, код ретенције на основу закона (а не уговора) настаје стварноправни однос према противнику ретенције и према трећим лицима, али је спорно: да ли је тај однос *erga omnes* (или само превазилази однос *inter partes*); затим, да ли може бити речи о стварном праву, ако му недостаје право следовања, дакле и на петиторну заштиту и коначно, да ли је ретенција, с обзиром на то: стварно, облигационо или мешовито право? О мешовитој правној природи ручне залоге (али и заложног права уопште) видети више код: О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 350; А., Gams, *Osnovi stvarnog prava*, str. 178; V., Spaić, *Грађанско право*, Сарајево, 1967., стр. 442; D. Medić, *Založno pravo*, str. 19; S. Krneta, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom III, str., 186; B. Vizner, *Da li je nakon donošenja Zakona o obligacionim odnosima založno pravo obvezno pravo ili je i dalje stvarno pravo na tuđoj stvari – ius in re aliena*, *Naša zakonitost*, br. 9/1979., str. 99-104. О правној природи залоге у упоредном праву видети: А., Ehrenzweig, *op. cit.*, p. 416; M. Wolff, L. Raiser, *Sachenrecht*, 4 Auflage, Karlsruhe, 1960., стр. 630; H. Leon, J. Mazeaud, F. Shabas, *Suretés, Publicité foncière*, Paris, 1977., стр. 83; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959., стр. 89. О превладавању стварноправног елемента (и ослобађању од „obligacionopravnih predodžbi“), као и чињеници да стварноправној одговорности залогодавца не одговара икаква обавеза власника ствари (да нема облигационе условљености) видети детаљно: N. Gavella, *op. cit.*, стр. 739.

¹⁷⁹⁴ Тако и: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 173.

¹⁷⁹⁵ У АГЗ ручна залог и ретенција су регулисане у другом делу законика који се односи на стварна права, у 6. Глави која регулише заложно право. Видети: чл. 447-471 АГЗ.

¹⁷⁹⁶ У ШГЗ прва глава 23. Одељка је насловљена: „ручна залог и ретенција“.

¹⁷⁹⁷ У Нацрту законика о својини и другим стварним правима из 2011. ручна залог и ретенција су регулисане као два различита (али слична) стварна права – као део *numerus clausus-a*. Ручна залог је регулисана у глави Б. у чл. 450-486; а ретенција у глави Г. У чл. 522-527 Нацрта.

¹⁷⁹⁸ Такво је домаће решење, као и решења земаља из нашег окружења (насталих распадом СФРЈ).

¹⁷⁹⁹ Видети: Нацрт из 2011., Одељак 5. *Сходна примена одредаба о ручној залози*, чл. 527: „*На задржање сходно се примењују одредбе о ручној залози*“.

према Нацрту ретенција могућа само на покретним стварима. 19. Коначно, заједничко им је често и доктринарно *термиолошко одређење*; наиме, ретенција (нарочито квалификована) се често у литератури одређује као: „ослабљена залога“¹⁸⁰⁰, „залога у ембриону“¹⁸⁰¹, „пређутна залога“, „модификована залога“¹⁸⁰² и др.

Г. Разлике између ретенције и ручне залогe

Упркос бројним значајним сличностима, разлике између ретенције и ручне залогe ипак постоје и то у следећим обележјима.

1. Кључна разлика између ручне залогe и ретенције је у различитим *основима настанка ових права*, а то је: а) правни посао (као титулус ручне залогe); односно б) закон (као извор настанка ретенције). Ипак, ова разлика је релативна, јер и ручна залога може бити законска, њена специфичност је само то да је законом предвиђена за тачно одређени број случајева, док ретенција слободно настаје на основу закона.¹⁸⁰³ 2. Ручна залога представља *добровољни* вид обезбеђења потраживања, а ретенција *принудни*, законом наметнути, креиран мимо и против воље дужника (тзв. противника ретенције). 3. *Објекат ретенције је начелно у закону шире одређен*. Тако, ручна залога се може конституисати искључиво на покретним стварима, док ретенција у појединим регулативама може и на непокретним.¹⁸⁰⁴ 4. *Услови конституисања ретенције су строжи*: а) нужна је непосредна државина ретиниране ствари, док је код ручне залогe довољна и посредна;¹⁸⁰⁵ б) обезбеђено потраживање мора бити доспело (што код ручне залогe није случај); в) потраживање код ретенције мора да постоји у тренутку њеног настанка, док је код ручне залогe могуће обезбедити и будуће и условно потраживање

¹⁸⁰⁰ А., Coppel, *op. cit.*, стр. 12 i dalje.

¹⁸⁰¹ S., Branković, *nav. delo*, стр. 523.

¹⁸⁰² M. Volmer, *op. cit.*, стр. 15.

¹⁸⁰³ Тако и: D. Medić, *Založno pravo*, стр. 57. Ипак, могућа је изузетно и уговорна (конвенционална) ретенција, као што је могућа и законска ручна залога, али овде постоји обрнута сразмера правила и изузетка (правило је законска ретенција, као што је правило уговорна ручна залога).

¹⁸⁰⁴ Једино је у ШГЗ ово питање недвосмислено регулисано, будући да је ретенција из чл. 895-898 ШГЗ једно посебно заложно право на покретним стварима. Са друге стране, у швајцарском праву истовремено постоји и тзв. облигациона ретенција - као својеврсна ретенција чинидбе, као и посебан вид ретенције непокретности, редуковане садржине (само задржавање, без права намирења).

¹⁸⁰⁵ Залогопримчева државина може бити и посредна и непосредна; искључива или судржавина, а државина ретинента по правилу мора бити непосредна и искључива. Мање строга правила у вези са поседом предвиђа НГЗ у коме је дозвољен сваки вид државине, као предуслов заснивања ретенције. У доктрини се сматра да су дозвољени сви начини предаје ствари у државину код заснивања ручне залогe, осим – *constitutum possessorium-a*. Насупрот томе, на ову могућност код ретенције се углавном одговара негативно. Она подразумева постојање непосредне државине ствари „у рукама“, што сугерише физичку предају ствари. Слично и: D. Medić, *Pravo zadržavanja (retencije)*, стр. 536; B. Vizner, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, стр. 1155.

(одступање од начела специјалности заложног права). 5. Различита је донекле и *садржина ова два права*. Наиме, залогопримац има и нека додатна овлашћења у односу на ретинента, као што је *право на допуњу залогe итд.* Даље, код ручне залогe је накнадно могуће уговорити антихрезу,¹⁸⁰⁶ а код ретенције не. 6. Титулар ручне залогe увек има *овлашћење намирења* из ствари у случају неплаћеног потраживања (обезбеђеног права) о доспелости; док ретинент у концепту обичне ретенције може користити ово право искључиво у сврху вршења психолошког притиска на дужника да дуг добровољно измири.¹⁸⁰⁷ 7. Право ретенције могуће је реализовати под одређеним условима и *пре доспелости* обезбеђеног потраживања (тзв. нужна ретенција), за разлику од ручне залогe, коју је могуће реализовати тек по доспелости главног права. 8. Ручна залогa је једно типично *стварно право на туђој покретној ствари, уз публицитет* који гарантује (посредни или непосредни) посед покретне ствари и апсолутно дејство *erga omnes*. Насупрот томе, ретенција је право чији је услов настанка и опстанка (по правилу) *непосредна државина* покретне ствари, која мора бити видљива и непрекидна, као гаранција публицитета ретенције. 9. Кључна разлика је у чињеници да ретинент нема *право следовања*, ни право на петиторну *заштиту*, за разлику од титулара ручне залогe, који има и право да уложи петиторну тужбу *vindicatio pignoris*.¹⁸⁰⁸ 10. Разлика постоји и у *начину престанка* ова два института; наиме, модус престанка ручне залогe је добровољни повраћај ствари залогодавцу, али само у смислу добровољног одрицања од залогe. Са друге стране, ретенција престаје са сваким (па и случајним) губитком поседа (јер је нераскидиво повезана са државином ствари).¹⁸⁰⁹ 11. Разлика је и у *могућности располагања*: залогопримац не може располагати залогом самостално (због акцесорности овог права), али може заједно са обезбеђеним потраживањем (које може уступити или заложити и креирати – подзалогу). Међутим, *преносивост* ретенције као акцесоријума, уз пренос главног потраживања, у доктрини¹⁸¹⁰ се сматра спорном. Коначно, могуће је одредити *ранг* више различитих ручних залогa на једној ствари, док је питање да ли је могуће разликовање више права ретенције према рангу (али је свакако могуће одредити ранг

¹⁸⁰⁶ О праву залогопримца на плодове и могућности уговарања супротног; односно, о забрани употребе заложене ствари, али и могућности уговарања супротног (тзв. антихреза) видети више код: О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 252-253.

¹⁸⁰⁷ Чл. 289 ЗОО

¹⁸⁰⁸ У домаћој доктрини се одсуство право следовања означава као најважнија разлика између залогe и ретенције. Тако и: О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 268-269. Ова разлика између ретенције и ручне залогe се и у иностраној доктрини означава као суштинска. F. Korn, *op. cit.*, стр. 17 i dalje.

¹⁸⁰⁹ Више о томе: Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 739; Cf. K. Ofinger, *op. cit.*

¹⁸¹⁰ Видети: I., Babić, *Založno pravo...*, стр. 7.

ретенције у односу на залогу на истој ствари, према начелу *prior tempore potior iure*).¹⁸¹¹
12. Коначно, ретенција представља облик *самопомоћи (самозаштите)*,¹⁸¹² којим се титулар овог права може штитити под законом предвиђеним условима, док ручна залога нема ову функцију. Стога бисмо се сложили са закључком у доктрини¹⁸¹³ да је упркос бројним сличностима, залога јаче и комплексније право¹⁸¹⁴, али је ретенција шире, свеобухватније, а тиме и применљивије у пракси.

IV РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД СЛИЧНИХ ИНСТИТУТА У ДЦФР-у

С обзиром да је ретенција у ДЦФР-у регулисана у глави IX, која се односи на: права реалног обезбеђења потраживања на покретним стварима,¹⁸¹⁵ јасно је да су творци овог нацрта ретенцију систематизовали уз институте које сматрају као ретенцији - најсродније. Стога, већ из систематике овог документа¹⁸¹⁶ закључујемо следеће: 1) ретенција је стварно право на покретним стварима; 2) ретенција је особено ограничено право реалног обезбеђења потраживања, које постоји на дужниковој ствари; 3) нормирана је уз: а) „заложна права“ на покретностима (која најшире можемо означити као „*pledge*“) и уз право задржавања својине; ово се уједно донекле подудара са англосаксонским јединственим називом за најразличитија права обезбеђења сваке врсте – тзв. *lien* (мада је овај други појам шири); 4) прве две наведене категорије права обезбеђења (заложна права на покретностима и ретенција) су обухваћене термином: *security right*, а трећи институт (право задржавања својине) је издвојен као особен, а то је „*retention of ownership devices*“). Оваква систематика ДЦФР-а је последица тзв. функционалног приступа, који значи увођење једног општег права реалног обезбеђења: *one type of „security right“ (plus „retention of ownership devices“)*.¹⁸¹⁷

¹⁸¹¹ Тако и: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 172.

¹⁸¹² Тако и: Р. Ковачевић – Куштримовић, М. Лазић, *нав. дело*, стр. 246; А. Gams, *нав. дело*, стр. 147; V. Spaić, *нав. дело*, стр. 290.

¹⁸¹³ R. Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava удруженог рада*, стр. 1280.

¹⁸¹⁴ Тако и: Z. Rašović, *Založno право на покретним стварима, докторска дисертација*, Универзитет у Београду, Београд, 1971., стр. 160.

¹⁸¹⁵ О реалним правима обезбеђења на покретностима у упоредном праву, са нарочитом освртом на решење главе 9, ДЦФР-а видети: А. F. Salomons, *Comparative Law and the quest for optimal rules on the transfer of movables for Europe*, *De Gruyter*, 2(1), 2013., стр. 54-72. Чланак доступан на интернет адреси: <http://dare.uva.nl/document/2/124539>.

¹⁸¹⁶ Ова три права реалног обезбеђења на покретностима су регулисана у књизи IX DCFR-а, у 7 поглавља (укупно 131 параграф).

¹⁸¹⁷ На овај начин књигом 9. ДЦФР-а су обухваћена разноврсна права реалног обезбеђења на покретностима. Сва та права се „стапају“ у једно опште право реалног обезбеђења: *one single type of „security right“* (IX.–1:102 DCFR). Оно што је заједничко за сва ова права обезбеђења је: јединствени начин функционисања; најважнији (али не сви) аспекти њиховог настанка; одређивања приоритета у

Претходно сумарно наведене карактеристике регулативе ретенције у ДЦФР-у, указују на чињеницу да је ретенција право које је најсродније поседовној (државинској) залози на покретним стварима. Доктрина оцењује да је на овај начин решен проблем правне сигурности у вези са бројним новим формама права обезбеђења, које су лако уклопиве у задати правни оквир у ДЦФР-у. *Retention of possession* је државинско реално обезбеђење потраживања (*possessory limited proprietary right*), које у многим сегментима асоцира на залог, што потврђује чињеница њиховог заједничког регулисања (извлачењем општих заједничких карактеристика „испред заграде“).¹⁸¹⁸

Коментатори (који су уједно и творци) ДЦФР-а ретенцију квалификују као једно од стварних права обезбеђења потраживања, те је стога и класификују у књигу IX DCFR-а. Уједно, они подвлаче јасну дистинкцију између оваквог: задржавања ствари и облигационоправног задржавања чинидбе (*right to withhold performance of an reciprocal obligation*). Други наведени институт има строго облигационоправну природу, те га као таквог и регулишу у облигационом делу нацрта модел правила.

V Закључно разматрање о односу ретенције са сродним институтима

Након исцрпног поређења кључних обележја ретенције и института облигационог и стварног права, који се у правној теорији означавају као слични ретенцији, можемо доћи до закључка да ниједно од претходно учињених раграничења није случајно, ни неоправдано, будући да ретенција са сваким од ових института има неке заједничке особине. Са друге стране, бројне особености ретенције говоре у прилог важности њеног постојања у савременом праву, будући да је реч о особеном институту, довољно различитом од свих других, по питању следећих параметара, кумулативно узетих: услова и начина заснивања, садржине и дејства, функције коју врши и технике којом се реализује, као и правне природе и уопште свог *ratia*.

Ипак, сличности и разлике које ретенција има са појединим институтима облигационог и стварног права нису подједнако значајне. Наиме, иако су у квантитативном смислу сличности и разлике са институтима из обе групе права

намирењу титулара; и начину извршења (реализације). Више о тзв. „функционалном приступу“ твораца ДЦФР-а, видети код: W. Faber, *op. cit.*, стр. 27-36.

¹⁸¹⁸ Детаљно о овим правима обезбеђења на покретним стварима видети код: J. H. M. Van Erp, A. F. Salomons, B. Akkermans, *The future of European property law*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, стр. 173 и даље; C. Von Bar, E. Clive, *op. cit.*, стр. 5446.

релативно уједначене, у квалитативном, ипак постоје суштинске разлике између њих. Управо ове непремостиве разлике у поређењу са анализираним институтима облигационог права, уз круцијалне сличности ретенције са стварним правима обезбеђења, по нашем мишљењу, дефинитивно омогућавају лоцирање ретенције у само једној од двеју анализираних група грађанских института.

1. Закључак о односу ретенције са институтима облигационог права

У односу на анализиране институте облигационог права, ретенција има знатно више сличности са приговором неиспуњеног уговора, него са компензацијом. Оба права служе заштити интереса угроженог повериоца и својеврсном обезбеђењу дуговане престације; настају поводом неизмиреног потраживања; овлашћују повериоца на пасивно понашање – на легално нечињење онога што би иначе морао да учини; оба представљају конкретизацију начела правичности и еквиваленције узајамних давања. Ипак, ова сличност је била знатно израженија у ранијим фазама развоја приговора неиспуњеног уговора (почев од римског права па кроз даљу генезу), а и данас је присутна у регулативама у којима је ретенција редукована на средство вршења притиска на неуредног дужника.

Све претходно наведене сличности упућују на закључак да се у многим регулативама (нарочито романског правног круга, као и у немачком праву), ова два института чак и донекле преклапају, због чега су често предмет различитих, углавном погрешних интерпретација у доктрини и пракси. Највеће сличности постоје у оним регулативама које ретенцију традиционално уређују као право искључиво облигационог правног дејства, редукованог на неиздавање дужникове ствари, без права намирења и права првенства. То су у значајној мери: италијанска,¹⁸¹⁹ француска, немачка, па чак и аустријска регулатива грађанске ретенције.¹⁸²⁰

У НГЗ је разликовање ова два института најтеже¹⁸²¹ будући да ова регулатива на апстрактан начин дефинише приговор неиспуњеног уговора као: ускраћивање било које

¹⁸¹⁹ О спорним случајевима разграничења ретенције од приговора неиспуњеног уговора у италијанском праву видети више код: Varba, *op. cit.*, стр. 1380.

¹⁸²⁰ У аустријској доктрини постоје ставови о заједничком апстрактном институту задржавања (као и у немачком праву) у који се свртавају: а) задржавање чинидбе уопште и 2) задржавање дужникове покретне ствари (ретенција). Аустријска доктрина као заједничко својство ова два института наводи њихову сличну сврху, али уједно истиче њихову различиту правну природу. Videti: Gschnitzer, *op. cit.*, 204.

¹⁸²¹ Видети: O., Palandt, *op. cit.*, стр. 404.

дуговане чинидбе (а не само предаје ствари).¹⁸²² У немачкој литератури и судској пракси се ова два института често и термилошки изједначавају и називају: *Zurückbehaltungsrecht*. Притом, додатна отежавајућа околност за разликовање ретенције и приговора неиспуњеног уговора у НГЗ је чињеница да овај законодавац као објект права задржавања превасходно одређује чинидбу, а у оквиру ње и чинидбу задржавања предаје дужникове ствари на његов захтев. Тако, тамошња доктрина често наглашава да је право задржавања (ретенције) опште право које омогућава ускраћивање било које чинидбе, док је приговор неиспуњења уговора једна његова верзија, редукована на главне обавезе из двострано-обавезујућих уговора.

Оно што можда можемо означити као правно-догматску предност оваквог јединственог решења *права задржавања уопште* (обичне ретенције ствари и задржавања сопствене чинидбе) јесте заједнички *ratio*, а то је: одбијање заштите у ситуацији несавесног одбијања контрачинидбе друге стране. На тај начин немачки законодавац полази од заједничке (а логичне) идеје: легитимног одбијања чинидбе, као приватноправног инструмента повраћаја поремећене сразмере у облигационом односу. Решење НГЗ (у интерпретацији немачке доктрине) оличава однос ова два института као: релацију *општег и посебног* института грађанског права.¹⁸²³ Део француске доктрине до сличног закључка долази тумачењем; наиме, по ставу појединих француских аутора¹⁸²⁴ ретенција представља само један конкретизовани случај примене приговора неиспуњеног уговора. Ипак, новија доктрина¹⁸²⁵ у овим земљама издваја ретенцију као самостални институт, различит од *exceptio non adimpleti contractus*.¹⁸²⁶

Коначно, ретенција у свим регулативама титулару обезбеђује потпунију заштиту од приговора неиспуњеног уговора, захваљујући бројним стварноправним елементима. Она врши допунску функцију у бројним случајевима када примена овог облигационог

¹⁸²² Видети: § 273 ст. 1 НГЗ

¹⁸²³ Ипак, у немачкој доктрини постоји спор поводом питања који од ова два института има карактер општег, а који посебног. Тако, део доктрине оцењује да је приговор неиспуњеног уговора (*Die Einrede des nichterfüllten Vertrags*) тек специјални случај права задржавања (у односу на ретенцију – као опште право). Р., Vogel, *op. cit.*, стр. 36. Cf. Р., Lohmann, *op. cit.*, стр. 5. Овај аутор назива приговор неиспуњеног уговора: правом задржања у ширем смислу.

¹⁸²⁴ Derrida, *op. cit.*, стр. 46; Ripert-Boulanger, *op. cit.*, стр. 15.

¹⁸²⁵ Детаљно о односу ретенције и приговора неиспуњеног уговора у француском праву видети: N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 22. Као кључно разликујуће обележје ова два сродна института ауторка наводи следећу аргументацију: „Ретенција представља *одбијање испуњења секундарне обавезе* коју опонира детентор, који прижељкује компензацију за своју главну обавезу. Тако *ретенција гарантује плаћање дуга који није цена ове ствари*; обавеза њене реституције нема компензацију: она је настала из правне чињенице, из једноставне чињенице добровољне предаје ствари, коју није пратила воља за преносом права на њој“.

¹⁸²⁶ Тако, знатан део доктрине у овим земљама ипак ретенцију квалификује као стварно право обезбеђења потраживања, као институт знатно јачег дејства од приговора неиспуњеног уговора, са неспорним дејством *erga omnes*, врло близак заложном праву.

приговора није могућа, али и која идејно и садржински знатно превазилази овлашћења која даје обичан *exceptio non adimpleti contractus*, нарочито у сфери трговачког промета.

У склопу развојних тенденција у упоредном праву, ретенција се све више одваја од овог приговора, са којим јој заједничка спона остаје само: настанак и генеза у оквиру приговора *dolosa*, као општег начина заштите правичности. За разлику од приговора неиспуњеног уговора, који и данас има готово исту функцију као и у римском праву, ретенција савременог права је еволуирала у снажније средство обезбеђења, али често и намирења обезбеђеног потраживања. Ово је уједно и концепција домаћег позитивног права, које усваја јединствени модел цивилне и трговачке ретенције, односно само једну, квалификовану ретенцију, што је уједно и садржина предлога будуће српске регулативе,¹⁸²⁷ те разликовање ова два института није предмет ширих доктринарних разматрања у домаћем, за разлику од упоредног права.

Због свега претходно наведеног, можемо закључити да упркос извесним сличностима у карактеристикама и сферама могуће примене, ова два института имају: институционалну аутономност, особене функције, специфичне претпоставке настанка, различит објекат, различито дејство, а последично и другачију правну природу. На основу тога чини нам се превазиђеним схватање по ком се ова два института поистовећују или пак, сврставају у исту групу грађанских права (са истим вишим родним појмом: облигационо појачавање уговора или као: просто мешање повериоца у имовинска права дужника). Ретенција у сваком случају представља особено субјективно грађанско право, са свим његовим својствима: има свог носиоца; објекат и садржину, док је приговор неиспуњеног уговора само процесно средство (чак није ни облигационо право).

2. Закључак о односу ретенције са стварним правима обезбеђења на туђој ствари

Оно што ретенцију издваја од облигационих права јесте појачавање њеног дејства са: *inter partes* на шири круг лица и функција обезбеђења потраживања и то реалног – будући да се ова гаранција темељи на ствари. Тај најнепосреднији однос ретинента према дужниковој ствари и блокирајућа моћ призната законом, са дејством и према трећим лицима, квалификују ретенцију као: оснажени додатак потраживања. Она иницијално настаје као право супротстављиво према одређеној личности, а захваљујући

¹⁸²⁷ У Нацрту ГЗС приговор неиспуњеног уговора регулисан је у облигационом делу законика у чл. 259 Нацрта. Упоредити са предлогом регулативе ретенције у: чл. 477- 480 Нацрта.

поседу ствари – претвара се у свеобухватно право да се каже не и трећем лицу, које жели да се домогне ретиниране ствари. Дакле, чак и обична ретенција, а нарочито (и несумњиво) квалификована, имају функцију реалног обезбеђења потраживања, што их по нашем мишљењу, сврстава у другу групу анализираних (сродних) грађанских права.

Са свим правима реалног обезбеђења ретенција има *заједничку функцију* – а то је обезбеђење ненамиреног потраживања, уз телесну ствар као објекат гаранције. Притом, мање сличности има са *фидуцијарним преносом својине у сврху обезбеђења*, као и са *земљишним дугом*, будући да је реч о вишефункционалним и неакцесорним (односно квазиакцесорним) правима реалног обезбеђења потраживања.

Са задржавањем права својине и залогом, као строго акцесорним правима обезбеђења, ретенција има знатно више сличности. Ову сличност потврђује и чињеница да су управо *ретенција, задржавање својине и залога* регулисане као три права реалног обезбеђења потраживања на покретним стварима у DCFR. Ово решење припада тзв. *soft law*-у, тј. аки-ју права Европске Уније (*acquis communautaire*), те недвосмислено указује на даље тенденције развоја права реалног обезбеђења потраживања уопште, а у оквиру њега и ретенције, као једног специфичног модалитета права обезбеђења.

Pactum reservati dominii и ретенција имају заједничку: функцију (разлог конституисања); начелно исти објекат (покретне ствари); дејство се у оба случаја реализује задржавањем ствари и вршењем притиска на дужника да измири дуговано. Ипак, разлике нису мале и тичу се: различитих основа настанка ова два права обезбеђења (закон/уговор); државине ствари; постојања права следовања, начина остваривања публицитета; разлике у дејству и др.

Коначно, врста *iura in re aliena* са којом ретенција има највише сличности је несумњиво *заложно право*. Међутим, потенцијална размимоилажења настају у погледу питања: са којим тачно заложним правом је најадекватније повући паралелу? Од *хипотеке* ју је лако разграничити, будући да она представља залогу на непокретностима, а ретенција је: или потпуно искључена на непокретним стварима; или је изузетно призната; али и тада, њен ефекат је често редукован на право неиздавања задржаване непокретности, за разлику од ретенције покретности, која углавном садржи и право намирена. Осим тога разлика је очигледна и по питању: услова посуда оптерећене ствари; основа настанка ових права; начина остваривања публицитета; постојања права следовања; садржине – права и обавеза носиоца овлашћења и обавезе; коначног ефекта и сл. Слична аргументација олакшава

разликовање ретенције и од *регистроване залогe*, као бездржавинске добровољне залогe на покретним стварима, која се конституише уписом у посебан регистар залогe.

Међутим, као највећи доктринарни изазов нам се чини прецизно одређење *системског места ретенције у односу на ручну и законску залогу*. Иако највећи део домаће доктрине без задршке истиче највећу сличност између ретенције и ручне залогe, ми не можемо без оградe тврдити исто, будући да су неки базични сегменти ова два института различити, док су са друге стране, управо ти елементи – кључна спона између ретенције и законске залогe. Наиме, коначна оцена о доминантној сличности зависи од изабраног фокуса поређења; те резултат варира у зависности од придавања већег значаја некој од следећих чињеница: 1) основ настанка два института (закон или уговор)¹⁸²⁸; 2) посед ствари као премиса настанка (државинско или бездржавинско средство обезбеђења)¹⁸²⁹; 3) чињеница вољног или принудног настанка (уговор као титулус или настанак *ex lege*);¹⁸³⁰ или 4) начин одређивања ранга права обезбеђења (према временском принципу *prior tempore* или обрнутим редоследом).¹⁸³¹

Квантитативним збрајањем сличности и разлика се не може доћи до адекватног закључка, јер су кључне сличности и разлике релативно уједначене.¹⁸³² Чињеница је да је ретенција слична ручној залози, а можда чак и више законском заложном праву. Ипак, ретенција се не може поистоветити са овим институтима, већ је она засебно право реалног обезбеђења, са особеним титуларом, објектом и садржином. Она омогућава право првенственог намирења ретиненту, чак и испред свих реално обезбеђених поверилаца бољег ранга (са правом стеченим пре конституисања ретенције). Ово решење додатно оправдава регулатива ДЦФР-а, у којој се ретенција одређује као „суперпривилегија“. Предност оваквог решења је максимална заштита

¹⁸²⁸ У овом смислу, сличнији су законска залогa и ретенција, будући да оба права настају непосредно *ex lege*, за разлику од ручне залогe, која настаје на основу правног посла (најчешће уговора).

¹⁸²⁹ У овом смислу, већа сличност постоји између добровољне ручне залогe и ретенције, него законске залогe, која се не везује нужно за посед ствари.

¹⁸³⁰ У овом случају, већа сличност постоји између ретенције и законске залогe, будући да је реч о два принудна права обезбеђења, наметнута законом, настала мимо и против воље обавезног лица. Насупрот томе, ручна залогa представља добровољно обезбеђење, настало као последица сагласности двеју воља (дакле, у складу са вољом залогодавца-дужника).

¹⁸³¹ У овом смислу, сличност је евидентна између ретенције и ручне залогe, што значи да се у случају више конкуришућих привилегованих поверилаца на ствари приоритет одређује према времену настанка ових права. Насупрот томе, код законске залогe покретности у односима у привреди важи обрнути редослед намирења: од последњег повериоца који је тренутни држалац ствари, па преко сваког следећег – до првог.

¹⁸³² Циљно посматрано, ретенција настаје и реализује се као својеврсна законска привилегија, против воље дужника, реметећи редослед намирења осталих обезбеђених поверилаца на истој ствари. Ипак, садржински посматрано, кроз услов поседа ствари и општеприхваћени редослед намирења (одређивања ранга) стварних права, који је у домаћем праву предвиђен законом и за ретенцију, чини се да је очигледна оправданост паралеле са ручном залогом.

интереса ретинента, али науштрб права првенственог намирења свих осталих (а добровољно) обезбеђених поверилаца (који нису могли рачунати на накнадни настанак ретенције на истој ствари).

Ово је у извесном смислу садржано у најновијим законским изменама у француском праву, којим је објекат ретенције трансформисан – са задржаване ствари, на цену остварену њеном продајом. На тај начин ретиненту се гарантује право првенствене наплате из цене остварене продајом ретиниране ствари и то испред свих осталих обезбеђених поверилаца. Због тога се у француској доктрини оправдано закључује да је ретенција постала „краљица права реалног обезбеђења“.

С обзиром да ретенција има значајне сличности и са законском и са ручном залогом, њено дејство се може у будућој српској регулативи законом појачавати или редуковати, у зависности од правнополитичких аспирација законодавца и процене преваге конкретних друштвених потреба. Овакво правило би могло уследити након оцене шта чини адекватну сразмеру у заштити угрожених интереса ретинента и противника ретенције; и коначно, шта је у складу са општим друштвеним интересом. Позитивна домаћа регулатива, упоредноправна решења, као и предлози будуће регулативе засад указују на курс оснаживања паралеле између ретенције и ручне залогe, као најсроднијих права обезбеђења.

Са друге стране, нама се чини адекватнијом тврдња да је ретенција *особено законско право реалног обезбеђења потраживања*, најсличније залози, али ипак различито од ње. Без обзира на сличности са различитим правима, укључујући и ручну залогу и законско заложно право, ретенција је довољно различита и „своја“ да бисмо је могли сматрати особеним правом, чија је правна природа специфична, па зато и спорна. То не значи да се она не може сврстати у исту групу са неким другим правима, а то су најпре заложна права, или шире – права реалног обезбеђења потраживања, што је у ДЦФР-у препознато.

VII ГЛАВА ПРАВНА ПРИРОДА РЕТЕНЦИЈЕ

Правна природа ретенције је једно од најспорнијих питања у вези са овим институтом у европскоконтиненталној доктрини.¹⁸³³ Будући да се законски текстови различитих земаља не баве овом проблематиком (што је логично, јер спада у правно-догматска питања), одговор морамо потражити у ставовима домаћих и страних правних писаца. С обзиром да схватања правне природе ретенције и данас, као и у прошлости, варирају, могуће је ову анализу започети следећим питањима.¹⁸³⁴ Прво, да ли је ретенција субјективно грађанско право или правна моћ? Друго, да ли је ретенција само инструмент за заштиту права или је субјективно право, тј. да ли је она тек обичан приговор (процесни или материјалноправни) или је једно од права реалног обезбеђења потраживања? Треће, да ли је ретенција врста дозвољене самопомоћи? Коначно, да ли је могуће кумулирати њене функције или је морамо нужно редуковати на једно од претходно понуђених алтернативних одређења?

Иако у савременој правној теорији¹⁸³⁵ доминира став да је у питању једно субјективно грађанско право и данас нису ретка другачија тумачења. Осим што поједини аутори ускраћују ретенцији својство особеног субјективног грађанског права (редукујући је на материјалноправни приговор), није случајно ни упоређивање ретенције са правном моћи (са којом има извесне заједничке карактеристике). Коначно, у хипотези одређења правне природе ретенције као субјективног права, нужно је и даље прецизирање да ли је у питању: стварно или облигационо право или тзв. „негативно право“. Уз то, важно је утврдити и да ли оваква квалификација нужно

¹⁸³³ Насупрот европскоконтиненталној правној традицији, која је склона догматским расправама о правној природи ретенције, оваква разматрања готово да не постоје у доктрини англосаксонских земаља.

¹⁸³⁴ Постоје и размишљања у доктрини (додуше не много заступљена) да је узалудан сваки покушај одређивања правне природе ретенције, суштински непотребан и практично безначајан, будући да је реч о институту који свакако - функционише у пракси. Ипак, наше је мишљење да је овакав став неоправдан, јер задатак науке и јесте да правно-догматски објасни сваки институт, лоцира га у систему права на што адекватнији начин и повеже на основу сличности са сродним институтима. Због тога се слажемо са оценом већине аутора да је одређење правне природе ретенције незаобилазно, чак и суштинско питање код овог института. Законске одредбе које регулишу ретенцију су по правилу недоречене, остављају пуно правних празнина, које пракса мора да попуни, а у том циљу јој највише помаже доктрина својим тумачењем. Осим тога, правилним и општеприхваћеним тумачењем правне природе ретенције биће дат допринос науке - уједначенијој пракси, а тиме и правној сигурности.

¹⁸³⁵ У доктрини се истиче да је данас готово неспорно да је ретенција субјективно грађанско право. Видети: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 160. Ипак, увидом у ставове доктрине различитих земаља, увиђа се да је ово питање и даље спорно у савременој литератури.

негира схватање о ретенцији као самопомоћи или се њена природа може одредити као комплексна.

На овом месту је важно напоменути да је питање одређења правне природе ретенције утолико комплексније што наш истраживачки узорак чине различите европске регулативе које: а) садрже различите концепте ретенције (обичну или квалификовану); затим, које б) и када садрже исти концепт, познају бројне модалитете ретенције (различите од основног општег модела), а чија правна природа варира (понекад и од случаја до случаја).

Стога, наша компаративна анализа има за основ: а) регулативу облика ретенције који је најшире прихваћен у нашем истраживачком узорку, са акцентом на квалификацији ретенције у домаћем праву (уз назначење другачијих решења и могућих квалификација); као и б) ставове домаћих и страних правних писаца, који су садржани у најрелевантнијој литератури из ове научне области. Циљ ове упоредне анализе је формулисање, по нашем мишљењу, најадекватнијег доктринарног одређења правне природе ретенције у домаћем и у упоредном савременом праву.

I Да ли је ретенција субјективно право или правна моћ?

1. Схватање о ретенцији као правној моћи

У домаћој доктрини, по нашем сазнању, постоји само један аутор¹⁸³⁶ који експлицитно заступа став да ретенција није субјективно грађанско право, већ *правна моћ*. Притом, овај правни писац своју тврдњу аргументује систематиком ЗОО. Наиме, право задржавања је у домаћем ЗОО регулисано заједно са институтом побијања дужникових правних радњи,¹⁸³⁷ у делу закона о дејству дужникових обавеза¹⁸³⁸. Тако, аутор наводи да је заједничко дејство ова два института у томе што: „оба представљају *средство* у рукама повериоца за остварење свог облигационог права“.¹⁸³⁹

Иако је на први поглед ова особина заједничка поменутиим институтима, сматрамо да наведени аргумент није нужно: 1) показатељ сродности ова два института; а ни 2) доказ тврдње да је ретенција правна моћ. Наиме, што се ефеката ова два

¹⁸³⁶ С. Пауновић, Право задржавања (ретенције), *Ius retentionis*, стр. 65.

¹⁸³⁷ Побиање дужникових правних радњи (*Actio Pauliana*) регулисано је у чл. 280-285 ЗОО Србије.

¹⁸³⁸ И право ретенције и побијање дужникових правних радњи регулисани су у глави III ЗОО, која нормира дејства обавеза (одељак 1. - права повериоца и обавезе дужника).

¹⁸³⁹ *Ibid.*

института тиче, побијање правних радњи има строго релативноправно дејство – што је у закону експлицитно и прописано¹⁸⁴⁰. С обзиром да побијање дејствује само у односу *inter partes*, за разлику од ретенције, која неспорно дејствује и према трећим лицима, јасно је да се између ова два института не може повући паралела у њиховом дејству. Тако да можемо закључити да систематско тумачење поменутог аутора, није и не може бити довољан показатељ ове тврдње. У погледу друге оцене овог аутора, не можемо изнети закључак *a priori*, пре него детаљније размотримо сличности и разлике између обележја правне моћи уопште и ретенције.

А. *Заједничка обележја правне моћи и ретенције*. У домаћој доктрини¹⁸⁴¹ су изграђени општеприхваћени критеријуми који издвајају правну моћ од субјективног грађанског права. Као кључне елементе правне моћи, а који су уједно и карактеристика ретенције, можемо издвојити следеће: 1) оба института се дефинишу као права (правне могућности) одређеног лица да *једностраном изјавом воље* утиче на права и обавезе другог лица (тј. да се створи нова правна ситуација¹⁸⁴²); 2) представљају овлашћење да се *утиче на правни однос* између титулара овог права и другог субјекта,¹⁸⁴³ 3) овлашћено лице у оба случаја својом изјавом воље *утиче на имовинску сферу другог* и то *без (и против) његове воље*; 4) друга страна у грађанскоправном односу у оба случаја је *дужна да трпи последице* оваквог задирања у своју правну сферу; 5) *основ настанка* оба института је (по правилу) закон; 6) правна моћ *није самостално преносива* на друго лице, већ само у оквиру правног односа у коме је настала; ретенција такође ни у ком случају није самостално преносива, јер је строго акцесорно право (а у доктрини је чак спорна и могућност њеног преноса уопште).

Б. *Разликујућа обележја правне моћи и ретенције*. 1. Прва разлика је у чињеници да правна моћ нема свој *објекат*, за разлику од ретенције, чији је објекат увек прецизно одређен као *телесна ствар*. Чињеница да је ствар гаранција условљава и друге разлике, које се односе на: право ретинента на посед ствари; државинску заштиту; па и извесне

¹⁸⁴⁰ Чл. 284 ЗОО: „Ако суд усвоји туžбени захтев, *pravna radnja gubi dejstvo samo prema tužiocu* i samo koliko је potrebno за испуњење његових потраживања.“

¹⁸⁴¹ Више о правној моћи и њеним обележјима видети у: Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 2000., стр. 147; О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 200.

¹⁸⁴² Видети више код: О: Станковић, В: Водинелић, Увод у грађанско право, стр. 107-108; Д. Николић, Увод у систем грађанског права, Универзитет у Новом Саду, Правни Факултет, Нови Сад, 2013., стр. 221.

¹⁸⁴³ Према *Tuhr*-овој подели правних моћи на оне којима се једно право: 1) заснива, 2) мења или 3) укида, ретенција је донекле слична другој наведеној врсти. Наспрам правне моћи не стоји никаква обавеза друге стране, а ретенција управо модификује већ постојећу обавезу друге стране у облигационом односу, због чега подсећа на преображајно право. Међутим, ретенција по нашем мишљењу, ипак превазилази правну моћ јер се њоме заснива једно ново право између себе и другог лица, поред већ постојећег облигационог односа из кога произлази обезбеђено потраживање.

позитивне прерогативе ретенента (што су све обележја која изостају код правне моћи).

2. Друга значајна разлика између ова два института је у *трајању*: док је правна моћ увек ограничена строгим (законским или уговорним) преклузивним роком у коме се може вршити, ретенција није ограничена никаквим роком (чак ни роком застарелости). Под законом предвиђеним условима, хипотетички посматрано, ретенција се може вршити чак и *ad infinitum*, ако је то у складу са аспирацијама повериоца и дужника.

3. Кључна је и разлика у *коначном дејству* ова два института: правна моћ делује искључиво према одређеној личности (*inter partes*), док ретенција дејствује и према дужнику из главног, обезбеђеног облигационог односа, али и знатно шире – према трећим лицима.

4. У доминантном позитивном моделу регулатива квалификована ретенција је оснажена *правом првенственог намирења* из дужникове ствари и по слову закона, уподобљена заложном праву (које представља мешовиту врсту, која има одлике и апсолутних и релативних, али свакако субјективних грађанских права, а не врсту правне моћи).

5. Ретенција има искључиво *обезбеђујућу сврху*, док правне моћи могу имати различите улоге у правном промету.¹⁸⁴⁴

6. У доктрини¹⁸⁴⁵ се као својство правне моћи истиче и *неопозивост* створене правне ситуације и њен *дефинитиван карактер*. За ретенцију ово само донекле важи, будући да се ретенент може одрећи ретенције, а она може бити замењена и другим обезбеђењем.

На основу претходно наведеног, можемо закључити да ретенција заиста има сличности са правним моћима, али истовремено и значајне разлике. Италијанска регулатива, међутим, оставља могућност и за овакву интерпретацију правне природе ретенције, што ставови дела тамошње доктрине¹⁸⁴⁶ и потврђују. Тако се нарочито учестала, а сликовита одређења ретенције као потестативног (преображајног) права, тј. као: „моћи законом признате“¹⁸⁴⁷ истичу у италијанској доктрини.¹⁸⁴⁸ Ови правни писци¹⁸⁴⁹ углавном закључују да не можемо говорити о ретенцији као о „субјективно

¹⁸⁴⁴ Као примери правних моћи у доктрини се најчешће наводе: давање изјаве воље код права прече куповине; вршење алтернативних облигација; давање отказа неког дуготрајног облигационог односа, опозив поклона, одрицање од наслеђа и др.

¹⁸⁴⁵ Ову особину правне моћи истичу: О., Станковић, В., Водинелић, *нав. дело*, стр. 108.

¹⁸⁴⁶ О правној природи ретенције као особене правне моћи видети више код: М., Bandrac, P., Crocq, *Droit de retention, Nature juridique, Qualification de sûreté ou de garantie, Revue trimestrielle de droit civil*, 1995/4., стр. 933; М., Aynes, *Les sûretés – la publicité foncière*, 1995-1996, стр. 452.

¹⁸⁴⁷ Аутори који одређују ретенцију изричито као правну моћ су: Messineo, *op. cit.*, стр. 152, 171; D'Avanzo, 1969., *op. cit.*, стр. 174. Право задржавања је: „*законом призната могућност повериоца да изјави да одбија да преда дужникову ствар коју има у поседу, све док он не изврши обавезу која је повезана са задржаном ствари*“. Видети: Gardani, *op. cit.*, 1998., стр. 65; Semiani Bignardi, *op. cit.*, 1960., стр. 5.

¹⁸⁴⁸ Barba, *op. cit.*, 1989., стр. 1376.

¹⁸⁴⁹ P. Basso, *op. cit.*, стр. 32.

самосталном институту, услед потребе за повезивањем са дужничко-поверилачком позицијом по другом основу¹⁸⁵⁰. Притом, овакво одређење свакако одговара општем правилу о акцесорности ретенције, а можда чак и о ставу да није реч о самосталном субјективном праву, већ о правној моћи. Отуд не чуди закључак поменутих аутора¹⁸⁵⁰ да је ретенција: „*моћ тренутног суспендовања извршности облигације* немогућношћу испуњења, насталом због саме облигације, због чега се овај институт сматра изузетком у ИГЗ, а не правилом.“

На основу свега претходно наведеног, можемо закључити да је оцена италијанске доктрине о правној природи ретенције као правне моћи, начелно у складу са општеприхваћеним ставом тамошње судске праксе, а можда и са казуистичким начином регулисања ретенције. Теорија о праву задржања као изузетно допуштеном виду самопомоћи, утицала је на поимање овог института као неосамостаљеног, недиференцираног, незаокруженог овлашћења *sui generis* појединих категорија поверилаца, које можда више личи на правну моћ, него на субјективно грађанско право.

Ипак, из претходно изнетих разлика између ретенције и правних моћи, сматрамо да су оне толике да је неспорно да ретенција није правна моћ. Она настаје техником која подсећа на правну моћ (једнострана изјава воље), тј. позитивна, исказана изјава воље се сама по себи подразумева, јер произлази из начела диспозиције (нико не може да се присили да стекне субјективно право).

Ретенција може личити на правну моћ којом се ближе обликује постојећи облигациони однос, али она само посредно утиче и на постојеће облигационо право, појачањем позиције повериоца, који постаје обезбеђен. Она представља засебно субјективно право које има своју садржину, објекат и друге елементе. Већ то је довољно да буде јасно да није реч о врсти правне моћи. Субјективно право свакако карактерише објекат и засебна садржина, као кључни параметри. Са друге стране, правна моћ доводи до активирања једног новог правног односа или обликовања старог, али нема своју сопствену садржину (пр. код права прече куповине сама изјава воље заснива облигациони однос – купопродају; моћ је конзумирана и не даје никаква овлашћења и обавезе). Међутим, ретенција има засебну садржину, дакле она је субјективно право.

Осим тога, правна моћ као услов заснивања има само изјаву воље одређене садржине и то у преклузивном року. Ретенција пак, има бројне услове заснивања, а

¹⁸⁵⁰ Barba, *op. cit.*, 1989., стр. 1376.

изјава воље је само један од њих, који произлази из начела диспозиције. Код ретенције не постоји рок за давање изјаве воље, нити за њено вршење – нема ни преклузивног рока, а ни рока застарелости. Због свега претходно наведеног, сматрамо да ретенција није правна моћ, иако поједини сегменти овог института можда на њу асоцирају, јер неки други (кључни) сегменти – ту могућност негирају.

2. Схватање о ретенцији као субјективном грађанском праву

Као што смо претходно указали, ретенција је специфично право, које има доста сличности и са правним моћима, али и са субјективним правима. Тако, не чуди што се у литератури често закључује да је реч о институту који се не може лако уклопити у постојећи систем грађанских права. Стога, сматрамо значајном сумарну анализу поимања суштине субјективног грађанског права (пре свега у домаћој доктрини), да бисмо оценили оправданост такве квалификације ретенције.

1. *Појам субјективног грађанског права.* Субјективно право се у доктрини¹⁸⁵¹ најчешће дефинише као *правна власт*, коју једна страна у грађанскоправном односу има у релацији са другом, а на основу које захтева од те друге стране неко давање, чињење, нечињење или уздржавање. Други аутори¹⁸⁵² додају да је циљ ове правне власти остварење економског интереса титулара, којим он присваја одређени објекат у тоталу (код права својине) или делимично (код других субјективних грађанских права).¹⁸⁵³ У страниј доктрини се појам субјективног права одређује на следећи начин: „субјективно право је *правним поретком призната моћ воље појединца*, правним поретком призната власт или господарење“.¹⁸⁵⁴

2. *Заједничка и разликујућа обележја између ретенције и субјективног грађанског права.* Садржину субјективног грађанског права чине два елемента: *овлашћења* и *кореспондирајуће обавезе*, као и један пратећи елемент (који може изузетно и да изостане),¹⁸⁵⁵ а то је *захтев*. Управо наведена садржина субјективног

¹⁸⁵¹ Д. Стојановић, О. Антић, Увод у грађанско право, стр. 197; Слично и: Д. Николић, *нав. дело*, стр. 221; V. Spaić, *Osnovi građanskog prava, Opšti dio*, Sarajevo, 1961., str. 177 i dalje.

¹⁸⁵² Овај став заступа А. Гамс. *Ibid.*

¹⁸⁵³ О различитим ставовима у доктрини (домаћој и страниј) о одређењу субјективног грађанског права видети детаљније код: С. Стојковић, *Основи грађанског права*, стр. 32-33; О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 197-199.

¹⁸⁵⁴ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Aufl, p. 86. Детаљније о дефинисању субјективног грађанског права у страниј доктрини видети код: Ennesergerus, Kirp, Wolf, *op. cit.*, стр. 272 i dalje; Н. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1951., str. 91.

¹⁸⁵⁵ Супротно схватање од наведеног заступа А. Гамс, који захтев сматра трећим обавезним елементом сваког субјективног грађанског права. Видети више код: А. Гамс, Увод у грађанско право, стр. 81.

права даје повода извесним ауторима да изведу закључак да ретенција није једна његова врста. Наиме, у доктрини¹⁸⁵⁶ постоји став да је ретенција институт са следећим обележјима: 1) ретенција се „не стиче ни оригинарним ни деривативним путем, те њено стицање *не представља уопште акт правног промета*“; 2) „ретенција само фактички настане – *не као право, већ као фактичко стање*, ако се дужникова ствар нађе у рукама повериоца, под законом наведеним условима.“; 3) будући фактичко (а не правно стање), ретенција „*не ствара конкретна овлашћења и обавезе* као друга субјективна права (па и залога) и 4) „*не заштићује се* као субјективно право“. Ипак, претходно наведени став нам се не чини адекватним и то из више разлога. Управо критика претходно наведеног става, по нашем мишљењу, представља аргументацију у прилог супротном закључку.

1. Ретенција је субјективно грађанско право које има свог посебног носиоца, кога закон назива *ретинентом* (а нема безсубјектног субјективног права), који је у посебном грађанскоправном односу са другом страном – тзв. противником ретенције. Притом је значајно нагласити да је реч о новом односу (а не старом, облигационом).

2. Затим, ретенција је право које *настаје непосредно ex lege*, у тренутку испуњења последњег услова у чињеничном скупу предвиђеном законом, уз постојање повериоачеве воље у том смислу. Поверилац доспелог, ненамиреног потраживања, који дође до ваљаног поседа за ретенцију прикладне дужникове ствари и има вољу да врши право, истина није га деривирао од правног претходника, али јесте стекао *особеним оригинарним путем*.

3. Претходно наведен закључак поменутог аутора наводи и на следећи, а то је: да ретенција не ствара конкретна права и обавезе. Ово нарочито не важи, будући да је свим законима из нашег узорка експлицитно предвиђена садржина и дејство ретенције, о чему је већ било речи на одговарајућем месту у раду. Што се захтева тиче, зависи да ли га схватамо као пратиоца субјективног грађанског права или као саставни део његове садржине – што чини аутор о коме је реч. Захтев није битан за постојање субјективног права, што је већинско¹⁸⁵⁷, па и наше мишљење. Ипак, иако ретенција није праћена конкретном петиторном тужбом не можемо тврдити да она није ни на који

¹⁸⁵⁶ А. Гамс, Основи стварног права, стр. 193.

¹⁸⁵⁷ Тако и: Д., Стојановић, О., Антић, *нав. дело*, стр. 195; Д., Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 2000., стр. 143. *Cf.* А., Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1963., str. 81.

начин заштићена, јер се њен процесни облик реализује посебним процесним средством – приговором ретенције или противтужбом.¹⁸⁵⁸

4. Једини аргумент поменутог аутора који је по нашем мишењу адекватан јесте чињеница да ретенција *није заштићена посебном (нетиторном) тужбом* (за разлику од заложног права које је снабдевено са *vindicatio pignoris*). Међутим, ова чињеница само представља потенцијалну сметњу да ретенцију *a priori* сврстамо у стварна права („снабдевена“ правом следовања), а не у субјективна грађанска права генерално. Са друге стране, ретенцијент као држалац ужива државинску заштиту и има право на самопомоћ, што је често довољна заштита у циљу очувања привилеговане правне позиције¹⁸⁵⁹.

Са друге стране, постоје и још неки елементи субјективних грађанских права, који изостају код ретенције и то: а) субјективна грађанска права су по правилу *преносива*¹⁸⁶⁰, а могућност преноса ретенције није општеприхваћена у доктрини; б) субјективна права настају, мењају се и престају у складу са *начелом аутономије воље* субјектата грађанског права¹⁸⁶¹; док ретенција представља право којим се: 1) начелно, фаворизује положај повериоца; 2) нарушава равноправност странака и једнакост њихових воља и додатно повређује имовинска сфера дужника и то против његове воље; в) она је вид вршења тзв. *приватне (па и тзв. „примитивне“) правде*, применом својеврсне приватне санкције, дакле, мимо суда, као органа јавне власти (чиме се повређује начело институционализоване заштите повређеног права).

Коначно, иако ретенција не садржи баш све елементе субјективних грађанских права, свакако би нетачно било рећи да она није субјективно грађанско право. Ретенција је субјективно право *sui generis*, које би се могло сврстати у: имовинска, начелно непреносива¹⁸⁶² права. Ипак, питање које је спорно у доктрини је: да ли је сврстати у стварна или облигациона грађанска права?

¹⁸⁵⁸ Дакле, реч је о праву, које је у савременим условима добило институционализовану заштиту у судском поступку, али је техника њеног остваривања особена: условљена њеним особеним *ratio-m*, а то је избегавање вођења два различита поступка пред судом, из разлога процесне економије.

¹⁸⁵⁹ Ипак, чињеница је да је смисао државинских тужби заштита поседа – као фактичког стања, а не права. Детаљно о смислу државинске заштите видети у: V., Vodinelić, *Čemu posesorni postupak, O razlogu posesorne zaštite državine, Pravni zapisi, Pravni fakultet Univerziteta Union, God. IV, br. 2 /2013.*

¹⁸⁶⁰ Нпр. личне службености нису преносиве, али нема спора у доктрини да их сврставамо у групу субјективних грађанских права и то апсолутних, стварних права на туђој ствари.

¹⁸⁶¹ Ипак и законска залога настаје на исти начин, из сличних разлога, а нема спора у доктрини да је у питању модалитет залог, дакле стварног права на туђој ствари, коначно – субјективног грађанског права.

¹⁸⁶² Већински став домаће и стране доктрине је да је ретенција непреносиво право, међутим њено „уподобљавање“ залози, омогућава и другачије тумачење. Наиме, непреносивост значи везаност права за одређену личност, међутим ретенција није строго лично право, већ право које је строго акцесорне

2.1. Схватање о ретенцији као стварном праву

Стварна права су подврста апсолутних и имају сва њихова својства, али имају и низ особених обележја. Тако се у доктрини као специфична обележја стварних права наводе следећа: 1) њихов објекат је телесна (покретна или непокретна ствар), зато се и називају „правима на ствари“ (*ius in re*);¹⁸⁶³ 2) по правилу, право на ствари зависно од врсте овлашћује титулара на низ позитивних прерогатива као што су: право на државину, употребу, коришћење и располагање стварју (фактичко и правно); 3) дају право следовања; 4) садрже право првенства; 5) за њих важи начело *numerus clausus*.¹⁸⁶⁴ Осим ових општеприхваћених начела, неки аутори¹⁸⁶⁵ помињу и специјалност и публицитет.¹⁸⁶⁶ Субјективна стварна права настају поводом одређене ствари, на којој титулару омогућавају *непосредну правну власт, а његова овлашћења настају непосредно на основу закона*. Обим и садржина те власти зависе од врсте стварног права - па она може бити потпуна (својина) или ограничена (остала стварна права).

Упоређујући атрибуте ретенције са елементима стварних права, уочавамо бројна заједничка, али и понеко разликујуће обележје. Тако, ретенција садржи већину претходно наведених карактеристика стварних права, али не и *право следовања*, које уједно представља важно обележје ове групе апсолутних права. Осим тога, позитивни атрибути у садржини права ретенције су у неким регулативама спорни, као и у делу доктрине, која ово право строго негативно одређује, као: право рећи не свакоме ко тражи предају ретиниране ствари.¹⁸⁶⁷ У домаћем праву и онима која познају

природе и које као такво у свему следи правну судбину главног, обезбеђеног права. Тако, у случају цесије потраживања, логичан је и пренос ретенције (уз предају ствари новом ретиненту).

¹⁸⁶³ Због особеног објекта ова права имају тзв. унутрашњу страну - непосредан физички однос титулара према ствари и спољашњу - искључење свих трећих лица од утицаја на ствари.

¹⁸⁶⁴ У питању је начело ограниченог броја стварних права предвиђених законом, као и ограничене садржине стварних права предвиђених законом.

¹⁸⁶⁵ Видети: Д., Стојановић, *Стварно право*, стр. 7-8; Д., Попов, Р., Цветић, Д. Николић, *Практикум за грађанско право*, књ. 2-Стварно право, Београд, 1992., стр. 8; Н., Планојевић, *Стварно право у пракси*, стр. 4.

¹⁸⁶⁶ „Суштина стварних права је у непосредној власти на ствари, ради чијег обезбеђења се трећим лицима намеће одређено понашање, које се састоји у пасивности, нечињењу у односу на дату ствар.“ О., Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, стр. 108.

¹⁸⁶⁷ У делу италијанске доктрине се истиче да је највећа препрека сврставању ретенције у групу стварних права обезбеђења – управо принцип *numerus clausus*, као и одсуство позитивних овлашћења ретинента на ствари (права употребе, присвајања плодова и сл.), а нарочито права првенственог намирења. Ипак, у италијанском праву постоји специфичан однос између тзв. „просте ретенције“ (обично задржавање ствари) и „повлашћене ретенције“ - која представља средство примене законских привилегија. Тако, прва представља класичан облигационоправни институт, а друга „несумњиво има реалну природу“. Видети више код: Р., Basso, *op. cit.*, стр. 35-36.

квалификовану ретенцију (и евентуално упућују на сходну примену појединих или свих одредаба о залози за нерегулисана питања), постојање бројних позитивних прерогатива ретинента је ипак извесно. То су: право на државину ретиниране ствари; право намирења, право првенства, различно право у стечају итд. Ретинент нема овлашћење употребе задржаване ствари током трајања односа ретенције, нити је овлашћен на фактичко располагање стварју, ни својим правом на њој.¹⁸⁶⁸

Коначно постоји, условно речено и проблем системског лоцирања ретенције, с обзиром на начело *numerus clausus* стварних права,¹⁸⁶⁹ које се може схватити на два начина: 1) круг ових права је унапред задат и немогуће га је проширивати или 2) *numerus clausus* стварних права није једном - заувек детерминисан и непроменљив, већ њега диктира законодавац. Други приступ је, чини се, општеприхваћен, пре свега баш када је реч о реалним средствима обезбеђења, чији број последњих деценија расте. Наиме, многе државе су се већ сусреле са увођењем права грађења или земљишног дуга у своје правне системе, као нових стварних права, па и са проблемом редефинисања *numerus clausus-a*.

Уколико наше анализе покажу да се и право ретенције може сврстати у права реалног обезбеђења, мишљења смо да нема сметњи да и ово право уђе у *numerus clausus* домаћег стварног права. Оно што сматрамо много значајнијим јесте други аспект овог начела – а то је да се ретенција не може заснивати са другачијом садржином од оне предвиђене законом. Иначе, у садашњем праву Србије може се стећи утисак да интенција домаћег законодавца није била да ретенцију означи као део *numerus clausus-a*, што због законске систематике (у ЗОО, а не у ЗОСПО-у); што због дела облигационог закона у коме је регулисана (повериочева права, дужникове обавезе).

Што се тиче будуће српске регулативе, решење Нацрта грађанског законика задржава ретенцију на истом месту у систему грађанских права – у облигационом делу

¹⁸⁶⁸ Овлашћење коришћења ствари не представља кључно обележје свих стварних права. Конкретно, хипотека и регистрована залога се у закону, као и у доктрини, већински сврставају у стварна права на туђој ствари, иако не омогућавају титулару посед заложене ствари, нити овлашћују залогопримца на коришћење ствари.

¹⁸⁶⁹ Према концепцији Нацрта законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006., а потом и верзије из 2011. год. предлог *numerus clausus-a* домаћих стварних права је значајно проширен: 1) својина (са свим модалитетима); 2) коришћење утрине и пашњака; 3) суседско право; 4) службености (у 4 модалитета); 5) закуп; 6) реални терет; 7) залога (ручна; регистрована; уговорно-судска; судска; **задржање**; залога права; хипотека); 8) реални дуг; 9) поверена и очекивана својина; 10) задржана и очекивана својина; 11) право пречег стицања; 12) право на државину односно притежање и право на заштиту државине и притежања. Нацрт из 2006., Одељак 2. Стварна права, чл. 2. Видети: Ка новом стварном праву Србије, стр. 17.

законика, а не у стварноправном. Међутим, решење Нацрта из 2011. ретенцију експлицитно нормира уз заложно право, као једно од стварних права обезбеђења потраживања, дакле, као део *numerus clausus-a* будућих стварних права *iura in re aliena* – што сматрамо адекватним опредељењем.

Поред тога, као ни остала стварна права, тако ни ретенција не застарева,¹⁸⁷⁰ а она је и искључиво право, па не могу постојати два права ретенције различитих титулара на истој ствари. Оно што је у правној теорији спорно, јесте дејство ретенције *erga omnes* – јер су стварна права по својој природи апсолутна. Дејство ретенције *erga omnes* се у делу доктрине сматра неспорним, док други део доктрине њено дејство према трећим лицима ипак одбацује.¹⁸⁷¹ У хрватској доктрини¹⁸⁷² постоје ставови по којима је ретенција једно „самостално стварно право на туђој ствари“, уз кључни аргумент да је ретенција „општесупротстављиво право“. Још један хрватски аутор¹⁸⁷³ који заступа став о апсолутној и то стварноправној природи ретенције, позива се на исту аргументацију, као и на чињеницу да се ретинент намирује по правилима о намирењу залогопримца.

Део француске доктрине¹⁸⁷⁴ у ретенцији такође препознаје стварно право са дејством *erga omnes* и то упркос: одсуству изричите законске норме у овом контексту; недостатку паралеле са залогом; и одсуству права намирења и права првенства у том правном систему. Тако се ретенција одређује као ефекат ретенције и као таква је општесупротстављива, дакле, она је право стварноправне природе, иако без права следовања. Такође, извесни италијански аутори ретенцију означавају као стварно право (својеврсну законску привилегију) која одражава најтешњи однос ретинента са ствари, која је општесупротстављива и која ништа не губи на својој стварноправности, чак и када титулару овог права није признато *ius distrahendi*.¹⁸⁷⁵

Оно што можемо констатовати јесте да је дејство ретенције неспорно шире од релативног, јер она делује према дужнику, али и према свим трећим лицима која имају правне претензије према ствари, а о којима је било речи у претходном делу рада (универзални и сингуларни сукцесори дужника као власника ствари, његови остали повериоци, као и власник ствари, ако је ретенција стечена у складу са правилима о

¹⁸⁷⁰ Упркос застарелости обезбеђеног потраживања, једном пуноважно заснована ретенција опстаје иако је акцесорно право.

¹⁸⁷¹ О овом спору у домаћој доктрини видети више код: Ж. Перић, *Стварно право*, стр. 205.

¹⁸⁷² В. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, стр. 1155.

¹⁸⁷³ Лј., Mintas-Hodak, *Retencija u pomorskom pravu, Uperedno pomorsko право*, 1/1989., vol. 31, стр. 108.

¹⁸⁷⁴ L. Guilouard, *op. cit.*, стр. 303; Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 778.

¹⁸⁷⁵ Тако: Caravelli, *op. cit.*, стр. 294.

стицању од неовлашћеног лица). Њено дејство је такво да ретинент може одбити њихов захтев за предају ствари вансудски или на суду путем приговора ретенције (или противтужбом). Ипак, ретенција не пружа могућност ретиненту да се заштити петиторном тужбом у ситуацији када му било које треће лице (укључујући и дужника) онемогућава или омета вршење овог права. Једина заштита коју он може добити је посесорна.

Из наведеног произлази да ретенција јесте стварно право, иако јој недостаје један атрибут стварних права – следовање, као могућност да се врши своје право против сваког трећег у чијим се рукама ствар нађе (са или без правног основа). Ипак то није сметња, с обзиром на остала својства, да се ретенција означи као стварно право, а у најмању руку као *неправо* стварно право, што је израз који поједини аутори користе за заложна права која се региструју и право прече куповине¹⁸⁷⁶. Коначно, по нашем мишљењу, ретенција има више стварноправног, ако је тако могуће рећи, од регистрованих заложних права, којима недостаје и државина, која такорећи да немају позитивних овлашћења.

2.1.1. Схватање о ретенцији као стварном праву обезбеђења потраживања

Аутори који ретенцију одређују као стварно право, лоцирају је по правилу поред залог, као најсроднијег института, чији је *genus proximum* - права реалног обезбеђења потраживања. Тако, као суштинске аргументе за овакву систематику правни писци¹⁸⁷⁷ наводе следеће: ово право има функцију обезбеђења потраживања; обезбеђујући објекат је ствар (реална гаранција) и то, по правилу уновчива, а нужно туђа; државина ствари обезбеђује публицитет стварног права; дејство права је и према трећим лицима; ретинент је титулар права намирања и права првенства (који има својство различног повериоца у стечају), који се намирује попут залогопримца (и када му то право није експлицитно законом признато, он га опет има као титулар својеврсне „надпривилегије“¹⁸⁷⁸). Осим тога, швајцарска доктрина сматра дозвољеном и преносивост ретенције, уз цесију обезбеђеног потраживања.¹⁸⁷⁹

¹⁸⁷⁶ О., Станковић, М., Орлић, Стварно право, Београд, 1994, стр. 4.

¹⁸⁷⁷ Ипак, као мана ове теорије у италијанској доктрини истиче се истовремено постојање неких других права која су личне природе, иако су општесупротстављива, као нпр. закуп. О оваквом схватању у италијанској доктрини видети више код: Р. Basso, *op. cit.*, стр. 34.

¹⁸⁷⁸ Моћ фактичког континуираног задржавања и одбијања издавања дужникове ствари на било чији захтев, ретенцију квалификује као право снажније од класичних законских привилегија, због чега је један

Овакво схватање заступају најпре правни писци земаља у којима је ретенција: 1) експлицитно у закону уређена као једно од права реалног обезбеђења¹⁸⁸⁰, а то су швајцарски аутори¹⁸⁸¹ (код којих природа овог института није нимало спорна или је најмање спорна);¹⁸⁸² 2) затим, аутори земаља чији је законодавац ретенцију регулисао по узору на швајцарски јединствени модел ретенције грађанског и трговачког права, односно које познају тзв. квалификовану ретенцију (овде спадају поједини домаћи аутори, као и аутори из земаља у нашем окружењу¹⁸⁸³); и 3) део доктрине¹⁸⁸⁴ оних земаља које ретенцију не нормирају у стварноправном закону; нити је уподобљавају залози, нити јој експлицитно признају стварноправни карактер, а још мање је уређују као право првенственог намирења.

Прве две наведене групе аутора овакву природу признају ретенцији у државама које усвајају концепт квалификоване ретенције. Поједини аутори тако наглашавају да: „ретенција није типично право реалног обезбеђења потраживања“, али свакако јесте једно од њих, иако атипично, које иначе анализирају у оквиру групе права реалног обезбеђења.¹⁸⁸⁵ Други домаћи аутори¹⁸⁸⁶ наглашавају да је ретенција: „*ius in re*, иако не даје право намирења из задржане ствари“ (овакво је дејство ретенције било у предатним правним правилима, пре доношења ЗОО, али аутор чак и такву –

италијански аутор назива „надпривилегијом“, тј. најснажнијим реалним правом обезбеђења потраживања. Videti: Caravelli, *op. cit.*, стр. 294.

¹⁸⁷⁹ О аналогiji са заложним правом и у овом сегменту регулативе ретенције видети више код: К. Oftinger, *op. cit.*, стр. 391 i dalje.

¹⁸⁸⁰ Ретенција је у ШГЗ нормирана у чл. 895-898 ШГЗ, као једно од ограничених стварних права на туђој ствари, дакле као део *numerus clausus-a* и то као *подврста ручне залогe (на покретним стварима)*. У овој регулативи ретенција је регулисана као право задржања и намирења, са правом првенствене наплате ретинента из вредности остварене продајом ретиниране ствари, што је чини „чистим стварним правом“, како се истиче у швајцарској доктрини.

¹⁸⁸¹ Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 739; Tuor, Schnyder, Schmidt, *op. cit.*, стр. 877; К. Oftinger, *op. cit.*, стр. 348-352; Rossel-Mentha, *op. cit.*, стр. 311.

¹⁸⁸² Ипак, иако у ШГЗ фигурира стварноправна ретенција као правило, као изузетак је могуће уговорити и тзв. облигациону ретенцију (која искључиво делује *inter partes*). Тако и: R. Logenc, *nav. delo*, стр. 143.

¹⁸⁸³ Поједини аутори земаља из нашег окружења ретенцију квалификују као право са претежно облигационом правном природом, али не споре постојање значајних стварноправних карактеристика ретенције. Више о аргументима у прилог делимичног „реалитета“ ретенције хрватског права видети: S. Petrić, *op. cit.*, стр. 434-436.

¹⁸⁸⁴ О разлозима прихватања стварноправне природе ретенције у француском праву (али и о критици истог) видети више код: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 778; Ch. Mauger, *op. cit.*, стр. 143 (Ипак, овај аутор се ограђује тиме што не изједначава ретенцију потпуно са стварним правима, већ је назива правом „са снагом стварних права“).

¹⁸⁸⁵ Интересантно је да, иако је ретенција у српском ЗОО уређена врло слично као ретенција у чл. 895-898 ШГЗ, мали део домаће доктрине ретенцију изричито квалификује као стварно право (за разлику од швајцарских аутора, који то сматрају неспорним). Разлог томе је свакако, систематика ШГЗ по којој је ретенција сврстана у стварна права на туђој ствари, односно систематика домаћег законодавства у коме је ретенција лоцирана у ЗОО. Видети: М. Lazić, *Prava realnog obezbeđenja*, стр. 95. Поменути аутор ретенцију означава као једно од „традиционалних реалних права обезбеђења потраживања“.

¹⁸⁸⁶ Видети: М., Bartoš, *nav. delo*, стр. 128.

садржински ослабљену ретенцију, без сумње означава као право на ствари, а не између лица).

Таква оцена је потпуно оправдана, јер је ова ретенција, по нашој оцени, једно ограничено стварно право, најсличније законској залози. Ипак, последња група аутора је знатно смелија у оваквим оценама, нарочито зато што је у мањини међу тамошњим правним писцима. Наиме, део француске доктрине и судске праксе,¹⁸⁸⁷ као и аустријски правни писци,¹⁸⁸⁸ ретенцију квалификују као реално обезбеђење потраживања, које има општу супротстављивост и дејство *erga omnes*, што га неспорно чини и апсолутним и реалним правом, а не облигационим.¹⁸⁸⁹ Ипак, критичари оваквог схватања, са друге стране, истичу да шира супротстављивост ретенције „није последица њене реалне природе, већ само обавезе трећих да *de iure* поштују стање створено *de facto*“.¹⁸⁹⁰

Са друге стране, у италијанском праву, у ком постоји обична ретенција (само задржавање дужникове ствари) у једној ситуацији сви италијански аутори признају ретенцији стварноправни карактер: а то је случај када је ретенција повезана са законском привилегијом на покретној ствари, када титулар ове тзв. повлашћене ретенције има и право првенственог намирења.¹⁸⁹¹

На основу свега претходно наведеног, наше мишљење је да је функционално ретенцију најадекватније лоцирати у групи права реалног обезбеђења потраживања, као право које је (доминантно) стварноправне природе¹⁸⁹². Пошто смо претходно у раду доказали стварноправност ретенције, сада ћемо лоцирати кључне тачке права обезбеђења потраживања.

1. Права обезбеђења су везана за главно право које обезбеђују, тј. споредна су и без тог главног немају сврху. Тако је и са ретенцијом – акцесоријум је потраживања и

¹⁸⁸⁷ Ово схватање заступа тамошњи аутор Родигер, а потврђује судска пракса. Више о пресудама које на овај начин квалификују правну природу ретенције, али и о критици истих видети код: М. Риге, В. Стосц, *op. cit.*, стр. 932.

¹⁸⁸⁸ Најистакнутији поборник става да је ретенција стварно право, а не лично у аустријској доктрини је: F., Gschnitzer.

¹⁸⁸⁹ У ову групу ставова можемо сврстати и оне који у ретенцији виде део заложног права, те због те чињенице ретиненту признају право преференцијалног намирења из вредности задржане (и уједно заложене) ствари. Више о томе: S. Petrić, *nav. delo*, стр. 417-418.

¹⁸⁹⁰ Тако се у француској литератури истиче да: „власник ствари који није уједно и лични дужник повериоца, не постаје *de iure* дужник, али да ће он због чињеничног стања створеног претходно насталом облигацијом, често *de facto* бити принуђен да дуг исплати, како би повратио своју ствар.“ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ О ситуацијама у италијанском праву када оваква повлашћена ретенција има стварноправну природу и о предлозима за аналогном применом овог правила и на обичну ретенцију видети више код: Semiani, Bignardi, *op. cit.*, стр. 136.

¹⁸⁹² У домаћој доктрини се истиче да стварноправну природу реалних права обезбеђења потраживања омогућава право следовања и право првенствене наплате из вредности предмета реалног обезбеђења. Видети: М., Лазих, Права реалног обезбеђења, стр. 46-47. Ипак, чињеница је да је ретенција особено стварно право (које омогућава првенствено намирење), будући да му недостаје право следовања.

то нико не спори. То је образложење да је у питању *право обезбеђења*. 2. Образложење да је у питању *реално, а не лично обезбеђење* је да му је објекат ствар, да ствар дугује, а не да гарантује човек,¹⁸⁹³ што нико не спори за ретенцију.¹⁸⁹⁴ Квалификована ретенција је сличнија заложном праву својом садржином, али обична ретенција, у државама које је познају, није мање реално право обезбеђења због своје особене садржине, она само шири палету средстава реалног обезбеђења.

A. Ретенција као стварно право обезбеђења потраживања у ДЦФР-у

Решење ДЦФР-а¹⁸⁹⁵, тј. нацрта модел правила у оквиру комунитарног права, ретенцију експлицитно квалификује као једно од права реалног обезбеђења потраживања на покретним стварима. Прецизном систематиком у нацрту се апострофира чињеница да је ретенција, иако не класично стварно право обезбеђења, ипак својеврсна реална гаранција која спада у посебну подгрупу права стварног обезбеђења и то у: „*остала стварна права која се сматрају правима реалног обезбеђења* према књизи IX DCFR-a“.

Дакле, творци Нацрта уважавају чињеницу да ретенција није класично стварно право обезбеђења, али се „понаша“ као једно такво право, а свакако је једно од признатих *security rights in movable assets*. Ова особеност је очигледна у следећој квалификацији ретенције: „*ово право задржавања доводи до настанка државинског права реалног обезбеђења потраживања*“.¹⁸⁹⁶ Осим залогe и задржања својине као гаранције, она је трећи нормирани облик реалне гаранције на покретним стварима; строго акцесорне природе (са функцијом обезбеђења главног права – потраживања); поседовног (државинског карактера)¹⁸⁹⁷. Тако, ретенција је у ДЦФР-у¹⁸⁹⁸ одређена као један од три могућа начина (технике) конституисања реалне гаранције: 1) давањем обезбеђења; 2) задржавањем својине на продатој ствари; и 3) могућношћу повериоца да

¹⁸⁹³ “Права реалног обезбеђења настају када дужник или треће лице стави на располагање повериоцу *извесна добра (ствари) као гаранцију* за испуњење потраживања”. *Ibid.*

¹⁸⁹⁴ Постоје и неки облици ретенције где је објекат потраживање (чинидба). Слично је и са заложним правом на правима, где се залаже потраживање, а не ствар. Дакле, ретенција чинидбе је пандан заложном праву на правима, ако је тако могуће рећи, па та врста ретенције и заложно право на правима нису реално обезбеђење (недостаје ствар као објекат).

¹⁸⁹⁵ DCFR, IX. – 1:102: *Security right in movable asset*

¹⁸⁹⁶ DCFR, IX. – 2: 114: *Right of retention of possession.*

¹⁸⁹⁷ „Државинско право обезбеђења је право обезбеђења за које је обавезна државина оптерећене телесне ствари и то од стране обезбеђеног повериоца или другог лица (изузев дужника), које ту ствар држи за обезбеђеног повериоца“. DCFR, IX. – 1: 201: *Definitions*

¹⁸⁹⁸ DCFR, X. – 2:101: *Methods of creation of security rights*

се обезбеди правом задржавања поседа дужникове ствари. Задржавање поседа телесне ствари оличава један од три начина прибављања реалне гаранције повериоца на ствари његовог дужника.¹⁸⁹⁹

На овај начин, по нашем мишљењу, није спорно да је ретенција у ДЦФР-у уређена као стварно право обезбеђења потраживања на покретним стварима, чиме је и њена правна природа реалне гаранције - неспорна. Ипак, потврђена је и чињеница да њено дејство према трећима ипак трпи извесна ограничења. Општа (начелна) ограничења дејства ретенције према одређеним категоријама трећих лица су садржана у ДЦФР-у¹⁹⁰⁰, чиме су обухваћени и правни лимити у њеном „повређивању“ интереса трећих, са извесним „јачим“ правом на ретинираној ствари. Ограничење дејства тако постоји према: титуларима других стварних права на ретинираној ствари бољег ранга, затим, према повериоцу, који је већ започео извршење на ретинираној ствари; и према стечајном управнику. Ово ограничење дејства ретенције према трећима је особеност ДЦФР-а, а може бити последица дозвољености посредне државине ретинента (ретинент мора ствар дати нпр. плодоуживаоцу, према коме ретенција не делује, али не губи ретенцију, јер се она може заснивати и на посредној државини).

Уједно, овим је потврђено правно дејство и природа ретенције у највећем броју савремених европских националних регулатива чија су решења анализирана. Што се домаће регулативе тиче, дејство ретенције је начелно усклађено са регулативом ДЦФР-а, али не и систематика института, што је једна од значајних измена за које се залажемо, када је у питању регулатива ретенције у српском праву *de lege ferenda*.

2.2. Схватање о ретенцији као облигационом грађанском праву

Ретенција, као споредно право, обезбеђује једно релативно (облигационо) право, а то је главно потраживање, због кога ово право обезбеђења и настаје. Међутим, није мали број аутора¹⁹⁰¹ који и ретенцију (као новонастали, додатни правни однос између

¹⁸⁹⁹ DCFR, IX. – 3:102: *Methods of achieving effectiveness*

¹⁹⁰⁰ DCFR, Chapter 3: Effectiveness as against third persons, Section 1: General rules, IX. – 3:101: *Effectiveness as against third persons*

¹⁹⁰¹ У домаћој доктрини овај став заступају следећи аутори: V. Spaić, *Stvarno pravo*, Sarajevo, 1962., str. 290; Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1968., стр. 185; М. Vuković, *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, 1950., str. 200. (Интересантно је нагласити да овај аутор истиче следећу дистинкцију: „Ретенција је субјективно, облигационо право, а законска залога је напротив, самопомоћ“). Аутор Р. Лоренц такође одређује ретенцију (домаћег права пре доношења ЗОО) као „претежно релативно право“, за разлику од ретенције трговачког права, које тумачи као *ius in re*. R., Lorenc, *Pravo zadržanja*, str. 137; Тако и: S. Culja, *op. cit.*, стр. 363. У страним правима овакви ставови се често срећу у судским пресудама француске јуриспруденције. Видети: Пресуда Већа Апелационог суда у *Pou* од 11. Октобра 1994. (SA Carrosserie

повериоца и дужника) дефинише такође као: строго релативно право; са искључивим дејством *inter partes*; личног карактера; које тангира само повериоца и дужника; а које се трећих лица не тиче (а од којих се тражи само „нормално понашање и поштовање туђег релативног права“¹⁹⁰²).

Овакво схватање је типично за немачку доктрину¹⁹⁰³, у којој је овај институт: систематски¹⁹⁰⁴, нормативно-технички, по дејству и садржини регулисан као једно облигационо право на ускраћивање дуговане чинидбе. У немачкој доктрини се истиче да: „ретенција ни у ком случају не даје право на ствари, већ само овлашћење на привремено задржавање“. Стога, природа немачке грађанске ретенције међу тамошњим писцима начелно није спорна.¹⁹⁰⁵ Она је уређена као релативноправно средство принуде повериоца, које има искључиву улогу појачавања његове правне позиције у односу *inter partes*, а у функцији заштите општих начела: савесности и поштења (*bona fides praestare*) и шире - забране злоупотребе права¹⁹⁰⁶. Међутим и аутори из других земаља¹⁹⁰⁷ су склони оваквом закључку (упркос другачијој садржини ретенције

Lahitte c/Guérin es qual., JCP 1995. Éd.G.IV.1567); i presuda Veća Apelacionog suda u Aix-en-Provence, 2. Mars 1995. (Cie du Crédit Universel c/Nespoulous es qual., JCP 1995. Éd. G.IV. 1977). У овим пресудама се, као образложење између осталог наводи и: „право ретенције, као лично право, не може се изједначити са привилегијама и обезбеђењима предвиђеним чл. 51 Закона од 25. Јануара 1985.“. О овим случајевима и сличним из француске судске праксе, у којима се ретенција квалификује као лично право, видети више код: М. Piège, В. Stocq, *op. cit.*, стр. 931. Ипак, аутор истиче, да је ово само једно од различитих схватања правне природе ретенције у француској судској пракси, која се у другим пресудама означава као: „право реалног обезбеђења потраживања“, а у трећим чак не ни као право, већ као обично: „чињенично обезбеђење“.

¹⁹⁰² Видети више код: R., Lorenc, Pravo zadržanja, стр. 133.

¹⁹⁰³ О., Palandt, *op. cit.*; S., Söergel, *op. cit.*, стр. 543; М. Volmer, *op. cit.*, стр. 12-13; F. Korn, *op. cit.*, стр. 7 i dalje. Ови аутори ретенцију одређују као строго лично право; и то не само грађанску ретенцију, већ и трговачку, иако признају да подсећа на „модификовано заложно право“. Више код: Seidel, *op. cit.*, стр. 180.

¹⁹⁰⁴ Ретенција ствари је у НГЗ регулисана у облигационом делу законика, заједно са ретенцијом чинидбе (подврста задржавања уопште) и нормирана као лични приговор повериоца против неуредног дужника. С обзиром да су стварна права одређена *numerus clausus-om*, одриче се било каква могућност да се ретенција сматра једним од *iura in re aliena*.

¹⁹⁰⁵ Са друге стране, у тамошњој доктрини се чак потенцира важност делимично релативноправне природе трговачке ретенције, због: односа узајамности потраживања и задржане обавезе предаје ствари; затим, због могућности ретинирања своје ствари; даље, немогућност заснивања ретенције на стварима у својини трећих лица, по правилима о стицању од невластника; могућност замене ретенције другим средством обезбеђења и сл. Због тога се чак и трговачка ретенција у немачкој доктрини не квалификује као „право“ стварно право, већ као право насљичније залози и то као: облигационо право са ограниченим стварноправним дејством. Видети: Rummel, *op. cit.*, стр. 526 i dalje.

¹⁹⁰⁶ Више о *ratio-и* грађанске ретенције у НГЗ видети: Söergel, *op. cit.*, стр. 543.

¹⁹⁰⁷ У француској доктрини следећи аутори заступају став да је ретенција (потпуно или доминантно) облигационо, а не стварно право: Malaurie Aynes, Cours de droit civil, стр. 111 i dalje; Scapel, *op. cit.*, стр. 540. У италијанској доктрини правну природу ретенције као облигационоправну одређују: Barba, *op. cit.*, стр. 1378 i dalje. У аустријској доктрини такође се већински изводи овакав закључак, упркос системском месту ретенције у АГЗ (део о стварним правима на туђој ствари, уз заложно право). Видети: Koziol, Welsseger, *op. cit.*, стр. 89-90; Н., Klang, *op. cit.*, стр. 542. У хрватском праву такође постоје аутори који правну природу ретенције одређују као облигационоправну (упркос постојању извесних стварноправних

признатој законом), те је значајно проверити основаност овакве тврдње у осталим регулативама.

Поређењем општих одлика релативних субјективних права и ретенције, можемо извести неколико заједничких карактеристика. Ипак, већину „облигационих“ својстава ретенције који се наводе у доктрини могуће је адекватно контрааргументовати.

1. *Одсуство права следовања* (и петиторних тужби), као кључна одлика стварних права, говори у прилог облигационом карактеру ретенције.¹⁹⁰⁸ Ово је уједно једини елемент стварних права који код ретенције изостаје. 2. *Одсуство захтева ретинента* (приговор уместо петиторне тужбе за заштиту права) и пасивна улога ретинента као туженог, сматрају се¹⁹⁰⁹ негацијом стварноправне природе ретенције. Ово својство ретенције је заправо последица првог наведеног – а то је одсуство права следовања. Ипак, одсуство петиторне заштите (уз постојање заштите путем приговора и противтужбе) у извесној мери се надомешћује државинском заштитом (која постоји у законом одређеним роковима). 3. *Услов конекситета* се у делу доктрине¹⁹¹⁰ такође истиче као доказ облигационе природе ретенције. Ипак, по нашем мишљењу, ова чињеница није пресудна у одређивању правне природе једног института. 4. Поједини аутори наводе да је *одступање од начела недељивости* ретенције у ШГЗ (као важне одлике стварних права обезбеђења потраживања) такође један од доказа облигационе природе ретенције. Међутим, ова одлика није толико значајна, важи за заложно право и није изричито прописана за ретенцију, а од ове одлике се чак и у заложном праву одступа.¹⁹¹¹ Чињеница је да се већ неко време у домаћој и страниј литератури спекулише на тему сврсисходности одустанка или макар ревидирања овог начела заложног права уопште, будући да условљава неправичне резултате и да није усклађено са општим начелом савесности и поштења. Тако да, колико је ово начело доведено у питање код ретенције у ШГЗ, подједнако је спорно и код осталих реалних средстава обезбеђења потраживања.

елемената): М. Vuković, *Pravo trgovačke retencije*, str. 223; Р. Klarić, *op. cit.*, стр. 6. У словеначкој доктрини видети: S. Cigoj, *Institucije obligacij, nav. delo*, str. 224.

¹⁹⁰⁸ На темељу овог аргумента, свој став о облигационој природи ретенције изградили су већином француски аутори: М., Planiol, *op. cit.*, стр. 801.

¹⁹⁰⁹ Ову аргументацију наводи: В., Lacantinerie, *op. cit.*, стр. 237.

¹⁹¹⁰ Видети: S. Petrić, *nav. delo*, str. 436-437. Тако, ова ауторка наводи да је одустанак од услова конекситета у хрватском ЗОО (као предуслова настанка ретенције), за разлику од већине страних регулатива, аргумент више ка стварноправној природи ретенције у овој законској концепцији.

¹⁹¹¹ Овај аргумент се у делу доктрине истиче као доказ тврдње да ретенција није стварно право, јер стварна права обезбеђења, по дефиницији, подразумевају недељивост ствари која је њихов предмет. Видети: S. Petrić, *nav. delo*, str. 437.

5. Одговорност ретинента за штету се у делу доктрине одређује према *правилима о уговорној одговорности за причињену штету*.¹⁹¹² Ипак, нама се чини да је овај став могуће и контрааргументовати, услед чињенице да је ретенција вид *дозвољене самопомоћи (те штета причињена њеним вршењем не мора да се надокнади)*. Наше схватање потврђују и ставови домаће судске праксе.¹⁹¹³

6. Део доктрине истиче да редуковано дејство обичне ретенције на средство притиска (*без права првенственог намирења* из ретиниране ствари) представља такође битну потврду облигационе природе овог института. Међутим, ово није доказ облигационе природе ретенције, будући да многа стварна права немају у својој садржини овлашћење располагања, тј. право на намирење, па то не значи да нису стварна (пр. службености не садрже право намирења).

7. *Одсуство публицитета* ретенције на *непокретностима*, по неким схватањима, указује на облигациони карактер овог права (јер стварно право на непокретностима публицитет може остваривати само уписом у јавном регистру, што овде изостаје). Међутим, сматрамо да ово није доказ облигационе природе ретенције. Прво, објекат ретенције је ствар (непокретност) – што за облигациона права није могуће. Даље, многа облигациона права имају публицитет у виду уписа, па не постају стварна због тога, већ само на тај начин стичу апсолутно дејство, а остају облигациона (пр. уговорно право прече куповине). Коначно, овде је потенцијално реч о два различита питања и то: 1) питање стицања стварног права уписом (*modus acquirendi*) и 2) остваривање публицитета стварног права на непокретности. Тачно је да стварна права на непокретности могу настати само уписом, али је питање да ли стварно право на непокретности публицитет може остваривати искључиво уписом (а не и државином). Наиме, публицитет је само по мишљењу неких аутора начело стварних права¹⁹¹⁴, али овај став није општеприхваћен.¹⁹¹⁵ Коначно, упис не мора увек бити ни начин стицања стварних права на непокретностима (до скоро код нас за законско заложно право на непокретностима то није било неопходно, као ни у државама у којима упис свих стварних права на непокретностима има декларативни карактер).

Коначно, може се учити да поборници теорије о облигационом карактеру ретенције не доказују толико облигациону природу овог института, колико настоје да

¹⁹¹² Овај аргумент наводи: S. Petrić, *nav. delo*, стр. 437.

¹⁹¹³ Видети: Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 406/2005 од 23. новембра 2005., године, објављена у правној бази Paragraf Lex.

¹⁹¹⁴ Д., Стојановић, *Стварно право*, стр. 7-8; Д., Попов, Р., Цветић, Д., Николић, *нав. дело*, стр. 8.

¹⁹¹⁵ Код покретних ствари, публицитет се остварује поседом ствари. О овоме полемиче: N. A. Elekes, *op. cit.*, стр. 138.

оспоре стварноправност ретенције. Наиме, они истичу да ретинент нема право првенства (што није тачно), ни право следовања, због чега ретенција, по њиховом схватању, никако не може бити стварно право.

Ипак, са друге стране, чињеница је да ретинент вршењем свог права реализује *своје особено законско право реалног обезбеђења*, те чак и само пасивним понашањем (неиздавањем ствари на захтев трећих) доводи себе у привилеговану позицију, те посредно исходује првенствену наплату потраживања (пре свих хирограферних поверилаца, па чак и каснијих реално обезбеђених) – потпуним блокирањем правног промета ретиниране ствари.¹⁹¹⁶ Једини аргумент француских правних писаца који је необорив јесте тврдња да одсуство права следовања указује на различитост од осталих права реалног обезбеђења потраживања. Ипак, то није нужно и *a priori* доказ облигационе природе ретенције, већ само показатељ особености ретенције, као права реалног обезбеђења *sui generis*.

Поред већ истакнутих, између ретенције и релативних субјективних грађанских права постоје и још неке значајне *разлике* и то: 1) обавеза код релативних права је увек корелативна са овлашћењем, док то код ретенције није случај. Наиме, *праву ретинента у целини* (и то без обзира да ли је у питању квалификована или обична ретенција), а не овлашћењима из ње (без обзира која су, има их доста и код обичне ретенције, попут: државине; чувања ствари и др.) одговара негативна обавеза противника ретенције, али и многих других лица, да га не узнемиравају у вршењу свог права. Обавеза исплате потраживања одговара овлашћењу повериоца-ретинента да захтева исплату. Чини се да се у делу доктрине донекле меша основни (обезбеђени) облигациони однос са ретенцијом, као новим правом из (по закону заснованог) односа који је ипак стварноправне природе. Због тога је ретенција само *sui generis* стварно право обезбеђења, јер му недостаје право следовања, док остале квалитете стварних права – ретенција поседује. 2) релативна права *застаревају*, а ретенција не; 3) *захтев* код релативних права настаје кад и само право, јер је увек уперен искључиво према конкретно одређеном лицу (а код ретенције истицање приговора представља одбрану од напада и то: а) од стране дужника или б) од стране трећег лица које захтева предају ствари; и он се може истаћи против унапред неодређеног броја лица); 4) коначно, релативна права се тако називају, јер почивају искључиво на *релацији две стране* у

¹⁹¹⁶ Cf. N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 13 i dalje.

правном односу, док се трећих тај однос не тиче.¹⁹¹⁷ Насупрот томе, ретенција настаје као право које првенствено осигурава правну позицију повериоца-ретинента најпре према дужнику-противнику ретенције, али које по природи ствари, дејствује као одбрамбени приговор и према дужниковим универзалним и сингуларним сукцесорима, али и још шире – према потенцијално свим трећим лицима са правним претензијама према ретинираној ствари. Стога, сматрамо тачном оцену да: „ретенција није право тражења, већ право власти“.¹⁹¹⁸

На основу свега наведеног, можемо закључити да ретенција не садржи *готово ни један елемент релативних, а готово све елементе стварних права*, па ако је већ треба сврстати у једну од ове две групе, можда је најисправније оквалификовати је, као што смо већ истакли, као: „крње“, непотпуно, нетипично, неправо, *sui generis* стварно права обезбеђења. Овакво одређење је оправдано због: одсуства права следовања (као класичног својства стварних права), уз присуство свих осталих обележја стварних права, док ретенција нема ни један класичан елемент облигационог права.

Међутим, чињеница да знатан део доктрине ретенцију сматра стварним правом обезбеђења најсличнијим заложном праву, које има мешовити карактер, тј. и стварноправне и облигационе елементе, чини оправданим преиспитивање и схватања о њеној мешовитој¹⁹¹⁹ правној природи.

2.3. Схватање о ретенцији као мешовитом субјективном грађанском праву

Не само доктрина земаља чије регулативе ретенцију нормирају слично ручној залози, већ и многи савремени правни писаца ретенцију објашњавају као комплексно грађанско право, настало својеврсном комбинацијом облигационих и стварноправних елемената. Тако, поједини аутори правну природу ретенције означавају као: *хибридну*¹⁹²⁰; *композицијну*,¹⁹²¹ хетерогену и двојну¹⁹²²; други је називају: „облигационим

¹⁹¹⁷ Тако и: С. Стојковић, *нав. дело*, стр. 41; Д. Николић, *нав. дело*, стр. 225; О. Станковић, М: Орлић, *нав. дело*, стр. 203-204.

¹⁹¹⁸ Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 161.

¹⁹¹⁹ Више о мешовитим субјективним грађанским правима видети код: Д., Стојановић, О., Антић, *нав. дело*, стр. 204.

¹⁹²⁰ Правну природу ретенције „хибридном“ називају следећи аутори: А. Coppel, *op. cit.*, стр. 12 i даље. У француској доктрини најдетаљнију анализу правне природе ретенције (али само француског права, не и упоредноправну) изводи ауторка: N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 3 и даље.

¹⁹²¹ А., Dagnino, Contributo allo studio dell'autotutela privata, Milano, Giuffrè, стр. 122. Овај италијански аутор подвлачи да је правна природа ретенције сложена: „и реална и лична у исто време“.

¹⁹²² Став о „двојној правној природи ретенције“ заступа хрватска ауторка: S., Petrić, *нав. дело*, стр. 438-439.

правом које је супротстављиво трећим лицима¹⁹²³. Већина аутора из ове групе ретенцију квалификује као: *sui generis* овлашћење граничне правне природе,¹⁹²⁴ тј. као: „право на замишљеној граници између стварних и тражбених“.¹⁹²⁵ Особено је схватање које ретенцију означава као: „даљу могућност стварноправног осигурања“.¹⁹²⁶

Тако, поменути аутори¹⁹²⁷ природу ретенције одређују као својеврсну симбиозу следећих квалитета: додатак потраживања; законско овлашћење да се из једног чињеничног стања извуче гаранција плаћања; могућност за повериоца да самостално одреди рок за обавезу испоруке ствари; моћ продужења свог утицаја на туђој ствари; приватни пут извршења, којим се успоставља поремећени редослед извршења дугованих престација; привилегија повериоца да надреди извршење своје обавезе на предају ствари плаћању дуга од стране противника ретенције; појачање наде плаћања; *sui generis* повезивање два давања која иницијално нису била повезана; реална гаранција као легитимна одбрана; приговор заснован на правичности итд.

Ретенција је особени комплексни институт, настао ради обезбеђења једног облигационог права. Строго апсолутну или строго релативну природу овог института не можемо одредити простим механичким збрајањем квантитативног типа (одређењем којих елемената има више), већ можемо оценити да је ретенција: *много више од облигационог права, а нешто мање од „правог“ стварног права.*¹⁹²⁸

У доктрини¹⁹²⁹ се налази на оцене да није сврсисходна „класификација једног института само ради класификације“, те да је довољно оценити правну природу

¹⁹²³ Aubry, Rau, *op. cit.*, стр. 194; Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 778; Слично и: J., Bonnetcase, *op. cit.*, стр. 679. (“Retencija je jedna osobena institucija; obično potraživanje snabdeveno specijalnom zalogom”). Nav. prema: R. Lorenc, *nav. delo*, стр. 139. Исти став заступа и: Rugiero-Maroi, *op. cit.*, стр. 770.

¹⁹²⁴ О. Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 387; С. Перовић, Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 811; Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 999. У хрватској доктрини овакав став заступају: М. Vedriš, Р. Klarić, *nav. delo*, стр. 416.

¹⁹²⁵ R., Lorenc, *Pravo zadržanja, Ius retentionis*, стр. 132. У савременој француској доктрини се често оцењује да се ретенција не може оквалификовати ни као стварно, ни као облигационо право, али да свакако делом јесте и једно и друго, а да је најадекватније назвати је - моћ блокирања. Видети: Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>).

¹⁹²⁶ Иако се у литератури поменути аутор изјашњава у прилог релативноправном карактеру ретенције, на другом месту је ипак сврстава у *потенцијално ново стварно право обезбеђења потраживања* (23. Глава уџбеника Стварно право). N. Gavella, *Založno pravo*, стр. 231. Cf. N. Gavella, et alia, *Stvarno pravo*, стр. 898-899. О сличној проблематици код одређивања правне природе заложног права видети детаљно код: N., Gavella, et alia, *op. cit.*, стр. 739.

¹⁹²⁷ Детаљно о хибридном карактеру ретенције видети: N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 10-14.

¹⁹²⁸ Сличан проблем код истраживања правне природе заложног права уочили су и други аутори, који закључују да је залага: „облигационо право апсолутне природе – *obligatio rei alienae*; односно стварно облигационо право“. Тако аутор констатује да је: однос залагач-залогапримац облигационоправни; а однос залогопримца са трећим лицима – стварноправни однос. Видети више код: I., Matijević, *Zakonsko založno pravo porabodavca*, Beograd, 1938., стр. 9.

¹⁹²⁹ Овај став о двојној правној природи ретенције заступа: S. Petrić, *nav. delo*, стр. 439.

ретенције као двојну: као *sui generis* институт у коме се „преплићу обвезноправни и стварноправни елементи“, као и да „ниједна од тих двеју страна ретенције не би могла функционисати без оне друге“. Иако је донекле прихватљива оцена да је правна природа ретенције мешовита, ипак нам се не чини немогућим, нити научно непотребним прецизно лоцирање ретенције у одређеном делу грађанскоправног система и то из више разлога.¹⁹³⁰ По нашем мишљењу, припадност ретенције одређеној групи права је могуће одредити превасходно према њеној функцији, а затим и према објекту и дејству. На тај начин, систематика ретенције у закону би била последица доктринарно изабраног преовлађујућег елемента у чињеничном скупу, који одређује њен карактер.

Ретенција није једини институт који је „тешко уклопив“ у систем грађанских субјективних права. У доктрини су се многи аутори бавили одређењем правне природе и неких других института грађанског права, који такође садрже и облигационоправне и стварноправне елементе. Пример за то је и право закупа, чију су правну природу истраживали бројни правни писци, са различитим исходима. У домаћој доктрини овом проблематиком се највише бавио аутор¹⁹³¹ који је проблем решио правилом да је: најцелисходније правну природу комплексних („хибридних“) института одређивати према тзв. „*преовлађујућем елементу*“ у датом чињеничном скупу.¹⁹³² По оцени овог писца, *најважније* право које закупач стиче, а које чини суштину овог института, јесте *право коришћења* закупљене ствари – а оно нема облигациону природу, већ стварноправну.

Тако, сходном применом критеријума „преовлађујућег елемента“ и на одређење правне природе ретенције, можемо оценити да је и ретенција право: непосредно утемељено на ствари; које даје ретиненту непосредну правну власт према ствари; које произлази непосредно из закона и које дејствује према дужнику, али и према трећим лицима, којима је ретинент овлашћен да каже не, у ситуацији захтеване предаје ствари;

¹⁹³⁰ Пре свега, одређивањем *genus proximum-a*, тј. вишег родног појма ретенције омогућава се њено правилно законско дефинисање, адекватна законска систематика, њено функционално одређење, прецизира се њен домашај, омогућава се исправна примена законске аналогије, што су све спорна питања, која већ дуго узрокују неуједначеност тумачења домаће (али и стране) доктрине и праксе, те које уводе у правну несигурност.

¹⁹³¹ Проблематиком правне природе закупа у домаћем и упоредном праву се најдетаљније бавио М. Орлић у својој докторској дисертацији, анализирајући детаљно све саставне елементе овог сложеног института, одређујући дејство сваком од њих, као и правну природу. Детаљно о овоме: М. Орлић, *Pravna priroda zakupa, doktorska disertacija*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1974.

¹⁹³² Тако, овај аутор закуп одређује као мешовито право које се реализује двофазно: 1) до предаје ствари у закуп право је облигационог карактера; 2) а након предаје, закупач стиче непосредну физичку власт на ствари, стиче право држања и употребе закупљене ствари, те је право закупа тада претежно стварноправне природе. Видети: М. Орлић, *nav. delo*, str. 511-514.

које даје право на посед ретиниране ствари, а квалификована ретенција још и право првенственог намирења (тј. располагања задржаном ствари под законом предвиђеним условима, слично другим правима обезбеђења), а у стечају различно право. То су елементи ретенције, који по нашем мишљењу, одређују доминантни карактер ретенције, а то је: *субјективно грађанско право, са претежним стварноправним дејством*. У групи апсолутних права ретенција спада у стварна права и то ограничена стварна права на туђој ствари (*iura in re aliena*), као *право најсличније законској залози*. Ипак, чињеница да не садржи право следовања, чини је *ослабљеним (непотпуним) стварним правом обезбеђења*.¹⁹³³ Тако не чуди оцена дела доктрине да: „еволуција ретенције означава њен развојни пут ка стварном праву, који још увек није довршен“.¹⁹³⁴

Критика схватања о мешовитој правној природи ретенције. Постоје схватања о ретенцији као мешовитом праву, али која се не темеље на теорији «преовлађујућег елемента» у законом креираној садржини и дејству ретенције – о којој је управо било речи. Та друга схватања ретенцију третирају као мешовито право на основу аналогije са уговорним заложним правом. Уговорно заложно право заиста и представља збир облигационих дејстава, односно релативних права и обавеза између дужника и повериоца, која произлазе из уговора о залози, на основу кога настаје на једној страни; и стварноправне садржине и дејстава, креираних законом, на основу којих титулар од свих трећих лица може захтевати да се уздржавају од повреде његовог права на другој страни. То је тај релативноправни однос који се преплиће са апсолутним и даје мешовито право¹⁹³⁵.

Ретенција, међутим, начелно не настаје на основу уговора, па нема релативних права и обавеза између ретинента и противника ретенције (попут оних између залогодавца и залогопримца). Постоји само законом креирана садржина и дејство ретенције, чијом анализом неки аутори долазе до закључка да је она облигационо, неки да је стварно, а неки да је мешовито право у складу са теоријом преовлађујућег елемента – дакле, у смислу да ју је законодавац тако креирао.

С друге стране, на основу анализе начина на који су поједини аутори долазили до става о мешовитој природи ретенције, можемо констатовати да су они у покушају да

¹⁹³³ Сличне квалификације правне природе ретенције, попут ове коју ми предлагемо, срећу се у француској доктрини: „ретенција је непотпуно и недовршено стварно право“, али уз неспорно постојање претежно стварноправних елемената у датом чињеничном скупу. Тако и: Derrida, *Encyclopedie Dalloz, op. cit.*, стр. 710; Ripert, Boulanger, *op. cit.*, стр. 17.

¹⁹³⁴ Crosio, *op. cit.*, стр. 105.

¹⁹³⁵ Д., Стојановић, О., Антић, нав. дело, стр. 204.

и код ретенције пронађу релативни елемент, који код заложног права произлази из уговора о залози, правилу грешку. Та грешка се састоји у томе што су тај релативни елемент, који код заложног права произлази из уговора, они код ретенције „проналазили“ у облигационом односу из кога произлази потраживање, као главно право, које ретенција, као акцесорно право обезбеђује. Зато се мора јасно разграничити да потраживање, као главно право, и код уговорног заложног права и код ретенције произлази из засебног облигационог односа између дужника и повериоца и да је његово постојање предуслов заснивања неког од ових права обезбеђења (начело акцесорности). Код уговорног заложног права између истих лица настаје још један облигациони однос на основу уговора о залози, који је титулус настанка заложноправног односа који делује *erga omnes*, а заложно право је мешовито, јер има елементе који дејствују *erga omnes* и оне који делују *inter partes* (права и обавезе из уговора о залози). Код ретенције такође постоји облигациони однос између дужника и повериоца из кога настаје главно право, потраживање које се обезбеђује; као и однос између истих лица, овога пута у својству ретенција и противника ретенције, креиран законом – а чија се природа различито интерпретира (по нашем схватању, реч је о стварноправном односу). Али, облигационог односа и релативних елемената, који произлазе из уговора о залози - код ретенције нема, тако да то није пут којим би се могао извести закључак о мешовитој природи ретенције, слично мешовитој природи заложног права.

Зато је прихватљив став о мешовитој природи ретенције у складу са теоријом „преовлађујућег елемента“, у смислу да обе врсте елемената произлазе из начина на који је закон одређене државе уредио ретенцију. По нашем мишљењу, које произлази из претходних анализа, ретенција чак ни у том смислу стриктно гледано није мешовито право, јер се код ње не ради о комбинацији стварноправних и облигационих елемената, где преовлађују стварноправни, већ смо мишљења да облигационих елемената у њеној природи нема. Ретенцију карактеришу само стварноправни елементи, али недостаје један – право следовања, што нас је навело на закључак да је ретенција непотпуно стварно право, а не мешовито право.

Другачија је ситуација само у немачком праву, где је ретенција схваћена као право чији је објекат потраживање, чинидба, а не ствар, те у тој регулативи ретенција не може представљати стварно право.

II Посебне теорије о правној природи ретенције

1. Да ли је ретенција право обезбеђења потраживања или процесно средство?

A. Ретенција као процесни приговор. Став да је ретенција само *процесни дилаторни приговор*, а не субјективно право, био је нарочито заступљен у старијој доктрини упоредног права.¹⁹³⁶ Тако, ови аутори¹⁹³⁷ ретенцију одређују као: „тек изузетно законом признато *средство* одбране, не и напада“. Тумачећи је као продукт некадашње казуистичке регулативе, део доктрине¹⁹³⁸ ретенцији одриче својство особеног (опште признатог) субјективног права, те је по овој теорији, квалификује као: „*процесни приговор (ексцепцију)*, *јер се приговором и врши*“. Ипак, будући свесни широког домашаја приговора ретенције, који превазилази оквире личне ексцепције, ови аутори говоре о ретенцији као о: особеном приговору са дејством *erga omnes*. Као образложење своје тврдње, правни писци¹⁹³⁹ истичу да је ретенција: само средство за заштиту права, а не право – јер је НГЗ дефинише као одложни приговор (чиме јој је негирано својство субјективног права).

Док су овакви ставови објашњиви у случају немачких аутора, будући да је ретенција у НГЗ редукована на *средство притиска*, без права намирења; са искључивом функцијом одбране од виндицирајућег захтева власника ствари, дотле за швајцарску доктрину овакви закључци нису типични. Наиме, поједини швајцарски правни писци¹⁹⁴⁰ оцењују да је ретенција „само процесни приговор, иако има стварноправни карактер“. Коначно, став да је ретенција само процесни дилаторни приговор (*in re*) заступа и велики број италијанских аутора, с обзиром на казуистички начин регулисања ретенције, који *a priori* негира постојање неког особеног субјективног (стварног) права ретенције.¹⁹⁴¹

Ипак, нама се чини да данас готово да није спорно да се ретенција испољава и истицањем процесног приговора, али да се тиме не негира њена суштинска материјалноправна квалификација – а то је субјективно грађанско право. Са друге

¹⁹³⁶ Н. Klang, *op. cit.*, стр. 366; А. Frey, *op. cit.*, стр. 5 и даље.

¹⁹³⁷ М. Planiol, *op. cit.*, стр. 801.

¹⁹³⁸ Ch. Mauger, *op. cit.*, стр. 133.

¹⁹³⁹ А. Frey, *op. cit.*, стр. 5.

¹⁹⁴⁰ К., Oftinger, *op. cit.*

¹⁹⁴¹ О различитим схватањима правне природе ретенције у италијанском праву видети више код: Р. Basso, *op. cit.*, стр. 32 и даље. Varba, *op. cit.*, стр. 1376.

стране, важнијим нам се чини разграничење: да ли је ретенција материјалноправни приговор или субјективно право, будући да једно одређење негира друго?

Б. Поједини аутори¹⁹⁴² правну природу ретенције своде на *материјалноправни приговор*, чиме је одређују као овлашћење уже од субјективног грађанског права, које се реализује истицањем процесног приговора. У том смислу се у страниј литератури пише о ретенцији као о особеној „*привилегованој правној ситуацији*“.¹⁹⁴³

Овакав став у страниј доктрини можда најдетаљније образлаже француска ауторка,¹⁹⁴⁴ кроз критику теорије о реалном карактеру ретенције. Тако, она закључује да ретенција није апсолутно, чак ни класично облигационо субјективно право, већ особено овлашћење да се сопствена обавеза учини условном. Ретенција је, по овој оцени, *својеврсни приговор који има дејство преображајног права*, којим поверилац једнострано модификује извршење своје обавезе. То није стварноправна власт ретинента на ствари, већ фактичка власт призната законом, која је у целости зависна од поседа ствари: „вршењем ретенције се не стиче неко ново стварно право на ствари, већ се само мења основ детенције“.¹⁹⁴⁵

Ипак, оваква одређења нису шире заступљена у литератури: у домаћој доктрини ниједан аутор не одређује ретенцију тек као приговор у материјалном смислу. Неупоредиво већи део домаће и стране доктрине¹⁹⁴⁶ данас сматра да је приговор само процесни вид манифестовања ретенције, која када се остварује вансудски - неспорно има природу материјалног субјективног грађанског права.

¹⁹⁴² Ennecerus, Kipp, Wolf, *op. cit.*, Marburg, 1923., стр. 281; Staudinger, Gursky, J., von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: *Staudinger BGB - Buch 3: Sachenrecht*, BGB, III §§ 985-1011, 2012., стр. 383-384; Wolf, *op. cit.*, стр. 15-19.

¹⁹⁴³ Овакву квалификацију ретенције наводе: Planiol, Ripert, *op. cit.*, стр. 982.

¹⁹⁴⁴ N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 13 и даље.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.* Тако и: M. Pierre, B. Crocq, *op. cit.*, стр. 931.

¹⁹⁴⁶ Тако и: R. Lorenc, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, стр. 1279; R. Lorenc, Sticanje prava ručne zaloge od nevlasnika, *Naša zakonitost*, br. 7-8/63, стр. 303; R. Lorenc, Pravo zadržanja, стр. 134. Овај аутор тако истиче да: „ретенција може бити истовремено и субјективно право и материјална експецција“. Тако и: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 160.

2. Да ли је ретенција средство обезбеђења потраживања или/и облик самопомоћи?

2.1. Појам и карактеристике самопомоћи

А. Појам. Самопомоћ се често у литератури назива формом „примитивне правде“¹⁹⁴⁷ и изразом некадашњег начела „одмазде и репресалија“, тј. реликтом предржавног права.¹⁹⁴⁸ Ипак, *ratio legis* овог института (као одраза једне правне идеје) у савременом праву су бројни правно-политички и практични разлози.¹⁹⁴⁹ Самозаштита опстаје као приватноправни одговор грађанскоправних субјеката на „неправо“, чији је најапстрактнији *ratio* оличен у идеји о забрани злоупотребе права и начела савесности и поштења у правном промету.¹⁹⁵⁰ Самопомоћ можемо дефинисати као један законом признати модалитет самозаштите (легалног и легитимног¹⁹⁵¹ само-остваривања права, без учешћа државних органа) у случају повређеног или угроженог права, који је дозвољен само изузетно, у тачно одређеним случајевима.¹⁹⁵² Она настаје увек када титулар права ангажује сопствену снагу при реализацији и заштити свог субјективног грађанског права.¹⁹⁵³

У том смислу, део доктрине ретенцију чак одређује и као својеврсну: *приватну грађанскоправну имовинску санкцију*¹⁹⁵⁴ за противника ретенције. Ипак, ретенција као самозаштита - није санкција за другу страну у правом смислу те речи, већ само

¹⁹⁴⁷ О самопомоћи као „праоблику права“ видети: R. Jering, Geist des romisches Rechts, Leipzig, 1878., стр. 107.

¹⁹⁴⁸ S., Petrić, *nav. delo*, стр. 17.

¹⁹⁴⁹ Поступак заштите субјективних грађанских права у свим модерним државама уређен је законом и поверен надлежним државним органима. Ипак, важна начела грађанског права оправдавају одступања од овог правила, па тада самовласну заштиту права и законодавац сматра праведнијом и економичнијом од толерисања аката неправда у ишчекивању касније, неблагоприятне реакције државног апарата.

¹⁹⁵⁰ О дефиницијама, садржини, домаћој нормативи, конкретним манифестацијама и домаћају теорије о забрани злоупотребе права и начелу савесности и поштења видети детаљно у следећим радовима: D. Stojanović, *Zloupotreba prava u obligacionim odnosima*, „Zloupotreba prava“ Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996., стр. 95-103; V. Vodinelić, *Konkretizovanje zabrane zloupotrebe prava*, стр. 39-69; R. Cvetić, *Kriterijumi za utvrđivanje zloupotrebe prava*, стр. 70-77; R. Kovačević-Kuštrimović, *Domen primene načela savesnosti i poštenja*, стр. 17-30; G. Vukadinović, *Temelji teorije zloupotrebe prava*, стр. 11-16; D. Popov, *Zabrana zloupotrebe prava u našem zakonodavstvu do drugog svetskog rata*, стр. 31-38.

¹⁹⁵¹ О самопомоћи као „легитимном“ изузетку од начела забране самовласног остваривања права видети: В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, стр. 234.

¹⁹⁵² Слично и: D. Lazarević, *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Poslovni biro, Beograd, 2010., стр. 229.

¹⁹⁵³ Можда најсликовитије одређење самопомоћи даје домаћи аутор који је назива: „интересантним случајем где држава изједначава појединца са самим собом, где га уздиже на степен власти, где га претвара у судију, који у *сопственој ствари изриче и извршује правду*“. Ж., Перић, *О уговору о продаји и куповини*, Београд, 1986., стр. 240.

¹⁹⁵⁴ О појму, врстама, класификацијама и уопште систему грађанскоправних санкција (које „по принципу реалне егзекуције погађају имовину, а не личност делинквента“) видети детаљно код: D. Nikolić, *Грађанскоправна санкција*, Geneza, evolucija i savremeni pojam, Novi Sad, 1995., стр. 98 i dalje.

вансудска замена за принудно намирење дуга у судском поступку. Ретенција представља приватни пут за једнострано успостављање равнотеже, због чега је само условно можемо означити и као „санкцију“.

У погледу конкретне врсте, ретенција би се можда могла условно класификовати у тзв. „*постинвентивне, тј. постериорне санкције*“, како их поједини правни писци¹⁹⁵⁵ називају. Ретинент задржава дужникову ствар као имовинску санкцију због његовог несавесног поступања – ненамирења потраживања о доспелости. А бонус за ретинента је што таквим задржавањем ствари себи (евентуално) обезбеђује и првенствено намирење из вредности ствари. На тај начин, ретенција има и сврху санкције због неучињеног; али и превентивну улогу, а то је: заштита имовинске позиције повериоца од наступања још веће штете. Тако, да је њена улога опет – мешовитог (сложеног) и тзв. *прогресивног*¹⁹⁵⁶ карактера.

Мада, посматрање ретенције као санкције подразумева анализу института из фокуса дужника-противника ретенције, што је само друга страна идеје о ретенцији као самопомоћи (посматрано из угла повериоца-ретинента). Теорија о ретенцији као двостраном правном феномену: 1) самопомоћи и истовремено 2) „*приватној санкцији*“ (тј. о „*октроисаној приватној аутономији*“) највише присталица има у италијанској доктрини.¹⁹⁵⁷

У сваком случају, реч је о инструменту оправдане: *приватне, вансудске, изузетне, факултативне, а свакако супсидијарне (само)заштите права*¹⁹⁵⁸, која очигледно негира искључиви монопол државне власти у савременим условима. Ипак, чини се да самозаштита у модерном праву није пуко, *ad hoc* средство за заштиту права (па ни ретенција, као један њен облик), већ много више од тога - особено субјективно грађанско право, које има свој уставни основ.¹⁹⁵⁹

¹⁹⁵⁵ О разлици између тзв. превентивне и постинвентивне (тј. постериорне) заштите видети детаљно код: V. Vodinelić, *Obligaciono-pravna zaštita ličnosti*, *Pravni život*, 1/1989., стр. 130.

¹⁹⁵⁶ Више о идеји прогресивне реституције као бази општег појма савремене грађанскоправне санкције видети код: D. Nikolić, *nav. delo*, стр. 134.

¹⁹⁵⁷ Видети више код: P. Basso, *op. cit.*, стр. 26 i dalje; Dagnino, *op. cit.*, стр. 62; Gardani, *op. cit.*, стр. 65; Bigliuzzi-Geri, *op. cit.*, стр. 64; Mezzanote, *op. cit.*, стр. 10; Moscati, *op. cit.*, стр. 784; Bianca, *op. cit.*, стр. 254; Padovani, 1985., стр. 69. О неједначеним ставовима о питању ретенције као самозаштите, односно приватне грађанскоправне санкције видети италијанску судску праксу: Cass. S. U. 24. Mart 2006., br. 6572, GI, 2006., 91359; Cass. 17. Oktobar 1995., br. 10837, FI, 1996., I, 952.

¹⁹⁵⁸ О односу судске и вансудске посесорне заштите, а нарочито о тзв. „*привилегованој самопомоћи*“ видети детаљно код: V. Vodinelić, *Čemu posesorni postupak, O razlogu posesorne zaštite državine*, *Pravni zapisi*, God. IV, br. 2 (2013), *Pravni fakultet Univerziteta Union*, стр. 326-331.

¹⁹⁵⁹ О субјективном праву на самозаштиту у савременом праву и важности његовог целовитог регулисања у будућем Грађанском законнику Србије видети детаљно код: G. Stanković, *Pravo na samozaštitu u savremenom pravu*, *Грађанска кодификација, Zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu*, 2003., стр. 117-129.

Један од израза приватног остварења права (и примене приватне санкције), по нашем мишљењу је и ретенција, као појединцу признато право да *својеволно и самовласно*, мимо или против воље дужника, оствари своје право, чинећи правно дозвољени захват у туђу имовинску сферу. Дозвољена самозаштита¹⁹⁶⁰ постоји у домаћем и упоредном праву у више модалитета: као самоодбрана; нужна одбрана; крајња нужда, као *самопомоћ*, а поједини аутори¹⁹⁶¹ у овом контексту наводе и компензацију. Самопомоћ се углавном манифестује у виду државинске самопомоћи¹⁹⁶², а по мишљењу дела домаће доктрине и у облику права ретенције.¹⁹⁶³

Б. Разграничење ретенције (као самопомоћи) од кривичног дела самовлашћа. Ретенција је институт који, наспрам великог заштитног потенцијала који пружа повериоцу, ипак нема довољно распрострањену примену у пракси. Разлог томе је, како правни писци наводе, сумња појединца да, као субјект приватног права може постати инструмент за извршење правде, које је, по правилу, у искључивом домену јавне власти.¹⁹⁶⁴ Услед незнања да је ретенција вид дозвољене самопомоћи, странке имају неоправдану бојазан да ће задржавајући дужникову ствар учинити кривично дело самовлашћа.¹⁹⁶⁵ Самовлашће представља покушај једног лица да насилно реализује неко своје право, без учешћа државног апарата, а против воље лица према коме се радња предузима.¹⁹⁶⁶ Прецизирањем услова под којима се право задржавања може

¹⁹⁶⁰ О самовласној заштити права видети више код: I. Čepulić, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb, 1925., str. 147 i dalje; B. Vizner, *Грађанско право у теорији и пракси, друго издање, Књига трећа*, Rijeka, 1969., str. 73 i dalje; И. Симоновић, *Право на самопомоћ у заштити државине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LVIII, 2011., str. 201-217.

¹⁹⁶¹ Видети: А., Гамс, *Увод у грађанско право*, стр. 290.

¹⁹⁶² О самопомоћи као институту вансудске заштите државине (регулисана у ЗОСПО) видети детаљно код: М. Orlić, *Zaštita državine (poseda)*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/1979., str. 301-307; Spevec, *Pravo posjeda*, Zagreb, 1915., str. 58-59; А. Gams, *Stvarno pravo*, Beograd, 1968., str. 315; D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1976., str. 35; Finžgar, *Stvarno pravo*, Ljubljana, 1972., str. 119 i dalje; D. Lazarević, *Državina, pojam, oblici i zaštita*, *Poslovni biro*, Beograd, 2010., str. 228.

¹⁹⁶³ О ретенцији као виду дозвољене самопомоћи видети детаљно код: А. Pavicevic, V. Randjelovic, *When does the self-protection end and autocracy begin?*, *International Scientific Conference, Researching Security – Approaches, Concepts and Policies*, 02.-03. June, Ohrid, 2015., University of „St. Kliment Ohridski“, Bitola, Faculty of Security, Скопје. (Рад је објављен као резултат истраживања у области теме докторске дисертације). У домаћој доктрини, по нашем сазнању, само још један аутор изричито наводи експлицитну поделу самопомоћи на: државинску самопомоћ и на ретенцију. Видети: D. Lazarević, *nav. delo*, str. 230. Ово разграничење нам се чини значајним, будући да је основна разлика између ова два вида самопомоћи у трајању (за државинску самопомоћ постоји законом ограничени рок), док за ретенцију, као модалитет самопомоћи, не постоји никакав рок. Она се чак може вршити *ad infinitum*. Видети више код: V. Vodinelić, *Čemu posesorni postupak*, *nav. delo*, str. 329.

¹⁹⁶⁴ R. Montessori, *Il diritto di ritenzione*, Milano, 1906., стр. 10.

¹⁹⁶⁵ Р., Лоренц, *Право задржања (ius retentionis)*, Београд, 1966., стр. 4.

¹⁹⁶⁶ D., Lazarević, *nav. delo*, str. 229.

вршити, подвлачи се ограниченост његове примене и потврђује статус легитимног изузетка од забране самовласног вршења права.¹⁹⁶⁷

Сличност између самозаштите и самовлашћа је техничке природе. Средство реализације права (или тобожњег права) у оба случаја је појединац. Ту сличности престају, јер је мера дозвољене самовласне заштите ограничена условима материјалног грађанског права. Насупрот томе, норме кривичног права инкриминишу противправна понашања која не поштују захтеве изузетног и сразмерног самовласног деловања. Међутим, одређивање дозвољене границе у вршењу самозаштите и јесте у пракси најпроблематичније и доказ је њене несавршености као правног средства заштите повређеног права.

2.2. Схватања доктрине о ретенцији као виду самопомоћи

Схватање о ретенцији као модалитету самопомоћи заступљено је поједнако у домаћој¹⁹⁶⁸ и у страној доктрини.¹⁹⁶⁹ Оваква квалификација правне природе ретенције најучесталија је у италијанској правној теорији¹⁹⁷⁰. У делу немачке доктрине¹⁹⁷¹ постоји схватање да је одређење ретенције као самозаштите било адекватно у ранијим фазама њеног развоја, али да је данас превазиђено, са чиме се не можемо сложити. Чињеница да је савремена ретенција еволуирала до субјективног грађанског права, не негира факат да се она реализује (макар иницијално) кроз технику самопомоћи (додуше, институционализоване,¹⁹⁷² законом признате, а у коначној верзији и са судским епилогом)¹⁹⁷³. Наш став потврђује и новија домаћа судска пракса. Тако, суд оцењује следеће: „Ретенција је средство дозвољене самозаштите права и дозвољене

¹⁹⁶⁷ О., Станковић, В., Водинелић, *нав. дело*, стр. 234.

¹⁹⁶⁸ М. Лазић, *Права реалног обезбеђења*, стр. 95; А. Гамс, *нав. дело*, стр. 147; А. Гамс, *Стварно право*, стр. 161; В. Благојевић, *Наčела...*, стр. 236; Н. Планојевић, *нав. дело*, стр. 420; З. Стипковић, *нав. дело*, стр. 290.

¹⁹⁶⁹ L., Guilouard, *op. cit.*, стр. 277; K. Oftinger, *op. cit.*, стр. 354.

¹⁹⁷⁰ P. Basso, *op. cit.*, стр. 10-25; G. Brunetti, *Il Delitto Civile*, Firenze, 1906.; R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, Torino, Pomba, 1966., стр. 795 i dalje.

¹⁹⁷¹ M. Volmer, *op. cit.*, стр. 12 i dalje.

¹⁹⁷² Данас се самопомоћ већински сматра правно организованом правном заштитом, која само допуњује редовну судску заштиту, а „ради реализације правног поретка и реда у друштвеној заједници“. Тако и: Z. Rašović, *Грађанско право*, Podgorica, 2006., стр. 378; D. Lazarević, *нав. дело*, стр. 229. Cf. Triva, Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004., стр. 9 i dalje.

¹⁹⁷³ Слично и: Д., Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 161. Ови аутори истичу да је ретенција, као субјективно грађанско право и више од самопомоћи, а да ужива свакако и судску заштиту.

самопомоћи, те кад је ретенцијом дужнику проузрокована штета, ретинент неће бити дужан да је надокнади¹⁹⁷⁴.

Заједничке карактеристике ретенције и самопомоћи су: 1) оба института имају значај законског изузетка (дозвољеност искључиво под законом предвиђеним условима); 2) оба имају (или могу имати) начелно привремена дејства; 3) оба су начелно дефанзивног (одбрамбеног) карактера; 4) у посебним околностима и условима оба подразумевају легитимно наношење штете имовинској сфери другог; 5) оба су у функцији начела правичности; 6) оба института су изузетак, који дерогира начело о институционализованој заштити повређеног субјективног права; 7) оба представљају средство приватног („примитивног“) остварења и заштите свог права; 8) оба су својеврсна приватна санкција за противника у грађанскоправном односу; 9) оба омогућавају остварење свог права мимо суда. Тако, можемо оценити да привремено ускраћивање предаје ствари дужнику представља законом дозвољени вид самозаштите повериоца, у чему се огледа социјални ефекат ретенције.¹⁹⁷⁵

Са друге стране, критичари¹⁹⁷⁶ овог става сматрају да ретенција као право на нечињење, није самопомоћ, будући да она захтева позитивну радњу – чињење (*facere*). Међутим, контрааргумент би могла бити чињеница да савремени концепт ретенције не представља строго пасивно овлашћење ретинента, већ садржи све више позитивних прерогатива (закључно са правом првенственог намирења из дужникове ствари). Тиме се ретенција све више приближава самопомоћи, као радњи (позитивног) чињења у циљу отклањања штетних последица по своју имовинску позицију. Нама се чини да је значајније питање: како објаснити разлику у начину нормативног регулисања ова два института? Наиме, самопомоћ је законом признати изузетак (а изузетке треба уско тумачити), док је ретенција све шире признато субјективно грађанско право: регулисано општом нормом (у свим регулативама из узорка, осим у италијанској); уз

¹⁹⁷⁴ Видети: Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 406/2005 од 23. новембра 2005., године, објављена у правној бази Paragraf Lex.

¹⁹⁷⁵ Оцењујући претежну важност општих друштвених интереса у односу на појединачне интересе несавесног дужника, законодавац одлучује да интервенише у дужничко-поверилачки однос (*inter partes*), овлашћујући повериоца (ретинента) да успостави један стварноправни однос. Тиме се уједно штити, чак наизглед фаворизује правни положај повериоца, као ретинента дужникове ствари, али заправо ово законско овлашћење има супротан циљ: успостављање (претходно нарушене) једнакости у облигационоправном односу. Легитимност овог вида самопомоћи произлази из општих начела грађанског права.

¹⁹⁷⁶ Поједини аутори критикују теорију о ретенцији као самопомоћи, јер суштина самопомоћи је, по њиховом мишљењу искључиво у активном ставу, а ретенција овлашћује само на пасивно понашање – нечињење (одбрану, а не напад). О томе више код: А. Frey, *op. cit.*, стр. 5-7.

елиминисање услова конекситета; са све широм сфером примене; са максимално појачаном садржином, која укључује и намирење.

Ова разлика само потврђује већ изнети став да ретенција није нити једно постојеће грађанско право „у чистом облику“, већ је институт са комплексном структуром; и рудиментарном техником реализације (самопомоћ), коју доктрина назива „примитивном правдом“. Међутим, нама се чини да код функционисања ретенције нема ничег „примитивног“, већ супротно – потпуно институционализованог. Законодавац је тај који непосредно сугерише повериоцу конкретан и ефикасан начин да заштити своје право и брже га вансудски оствари.

На тај начин, „систем“ је тај који: нормира право ретенције; који стимулише њено заснивање и вршење у пракси; одређује премисе њеног настанка; лимитира јој дејство; а тек у коначној фази реализације је и „процесно довршава“ (дајући јој судски епилог). У међувремену, систем „профитира“ од *приватног (али не и примитивног)*¹⁹⁷⁷) вршења права, надзире његово вршење и каналише га. Ни након толико векова генезе ретенције, ниједан законодавац није одузео ретенцији изворну технику њене реализације, не због непостојања алтернативног решења, већ зато што је ово најсмисленије, најпрактичније, процедурално најекономичније и по интересе повериоца, али и друштва најсврхисходније, као и правно најсигурније. Предности које повериоцу пружа ретенција, као дефанзивно средство самозаштите, довеле су временом до проширења сфера њене примене на бројне друге области права. Ретенција данас има велику практичну примену у упоредном праву у области: трговачког, поморског, права вредносних папира, а потенцијално и ширу.

Ово је у складу са већ примећеном „парадоксалном“ тенденцијом модерних законодавстава да држава свесно проширује сферу у којој одустаје од своје искључиве надлежности.¹⁹⁷⁸ Ово нам се чини оправданим, уколико је у складу са правичношћу, која је праизвор ретенције, начелом забране злоупотребе права и у складу са начелом процесне економије. Ретенција, као вид самопомоћи, овлашћује лице да својом фактичком радњом према дужниковој ствари, без подизања тужбе и судске интервенције брзо, економично и ефикасно заштити своје повређено право. Тиме се и мимо суда успешно решава стање нарушеног облигационог односа, једнострано

¹⁹⁷⁷ Примитивно вршење права је предржавног карактера, а ретенција није реликт предржавног права. О теорији о самозаштити (*Selbsthilfetheorie*) као првобитном облику правне заштите видети детаљно код: М., Petrak, *Kritika teorije o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite (Selbsthilfetheorie)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 5/2006., стр. 1249 -1285.

¹⁹⁷⁸ С., Scapel, *Le droit de rétention en droit positif*, Revue trimestrielle de droit civil, 1981 /3, стр. 543.

санкционише несавесна странка, поправља сопствени положај и остварује жељени циљ - наплата доспелог потраживања.

Ипак, ретенција је, баш као и самопомоћ уопште, вишеструко ограничена: пре свега јер је нераскидиво везана за непосредну државину ретиниране ствари Губитком државине, престаје и ретенција (због одсуства права следовања ретинента), а тиме и право на вршење самопомоћи. Уз то, неопходно је да буду кумулативно испуњени сви законски услови, као предуслов њеног легалног заснивања и вршења. Пошто је основ ретенције непосредно закон и с обзиром да се врши против воље власника задржане ствари, ниједан законом предвиђени елемент не сме изостати да бисмо је сматрали правно дозвољеном. У том смислу, ретенција заиста има доминантна обележја самопомоћи, која се такође законом признаје тек изузетно, у случају испуњења дословно свих законских предуслова. У противном, у оба случаја потенцијално право се трансформише у неправу.

3. Схватање о ретенцији као негативном праву

Став о ретенцији као специфичном *негативном праву* је нарочито био заступљен у старијој немачкој доктрини.¹⁹⁷⁹ Настао је као критика схватања ретенције као: а) обичног приговора *dolusa* (јер је ретенција више од ексцепције); али и као критика б) теорије о ретенцији као (позитивном) субјективном грађанском праву, с обзиром да је ретенција „мање од субјективног права“, јер не садржи ниједан позитиван прерогатив (овлашћује само на нечињење). Тако се и у делу француске доктрине¹⁹⁸⁰ истиче да је ретенција „универзална пасивна обавеза“, која не садржи ниједан позитиван атрибут: ни право право употребе, ни располагања, ни намирења, ни право првенства, ни право следовања (што одговара начину на који је ретенција у појединим правним системима била регулисана). Једина „негативна“ корист коју омогућава је: право ретинента да каже не свима који траже испоруку ствари. Тако, ови правни писци закључују да ретенција јесте право, али *sui generis*, стриктно негативно конотирано (другачије од свих постојећих).

У образложењу, неколицина аутора наводи следеће: „Воља ретинента има директан утицај на правну сферу другог лица, којом се захтев тог лица одбија и

¹⁹⁷⁹ Творац теорије о ретенцији као негативном праву је Dernburg.

¹⁹⁸⁰ О теорији коју су развијали ученици Planiol-а видети више код: N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 12.

спречава у остваривању неког, по себи оправданог захтева“.¹⁹⁸¹ Пошто такво право не може да се идентификује ни са једним другим познатим правом, а суштински се разликује од сваког од њих, ретенцију не можемо тумачити као подврсту неког субјективног права, већ је морамо оквалификовати као: „особено право негативног садржаја“. Ретинентово једино овлашћење је да се захтев друге стране одбије. Такво право не овлашћује ни на какво позитивно чињење; већ титулара овлашћује искључиво на нечињење, а противника обавезује да то нечињење трпи; са јасном економском сврхом: да се фактичком принудом обавезно лице натера да дуг измири¹⁹⁸².

Ова идеја је интересантна, јер нуди специфично објашњење којим се оправдава особеност овог института и његов карактер *sui generis*. Ипак, с обзиром да ретенција (у највећем броју позитивних регулатива) овлашћује ретинента на посед ствари (први позитивни прерогатив), а у многим регулативама и на првенствено намирење, чини се да је оваква теорија превазиђена, као некомпатибилна законом признатој садржини и дејству ретенције савременог права.

III Закључно разматрање о правној природи ретенције

По нашем мишљењу, најадекватније одређење ретенције је дао немачки аутор,¹⁹⁸³ који ју је назвао: „*могућношћу континуираног самообезбеђења*“ *дужника* (у немачком праву се ретинент назива дужником, а не повериоцем, јер је фокус на обавези предаје ствари, те се власник ствари назива повериоцем). Иако је реч о аутору који ретенцију сматра облигационим институтом (у духу немачке регулативе *Zurückbehaltungsrecht-a*), изабраном формулацијом је чини се, најпрецизније одређена сврха ретенције, а истовремено и техника њене реализације. Ми у њој препознајемо и виши родни појам (*genus proximum*) ретенције, а то је право реалног обезбеђења потраживања, као и једну од врских разлика (*differentia specifica*), а то је начин вршења - самозаштита.

На овај начин, спајањем својстава права реалног обезбеђења и самозаштите, чак је могуће конструисати и оригиналну квалификацију ретенције, која најбоље одражава њену специфичну правну природу, а то је: аутентично право реалног *самообезбеђења*. За разлику од већине права из ове групе, она не настаје на темељу воље обавезног лица,

¹⁹⁸¹Такав став заступају и: Goldschmidt i Becker. *Cit. to: M., Volmer, op. cit.*, стр. 12-13.

¹⁹⁸² „Ретенција је оправдано нечињење засновано на идеји да се доспелом захтеву повериоца законски резолутивно одузимају уобичајена правна дејства доспелости“. А. Breuer, *op. cit.*, стр. 16.

¹⁹⁸³ А. Breuer, *op. cit.*, стр. 7 i dalje.

већ непосредно на основу закона у ужем смислу; и управо због тога (што настаје мимо воље лица чију имовинску сферу погађа), она није нормирана као потпуно обликовано стварно право (недостаје јој право следовања), али јесте непотпуно, атипично стварно право. Начин на који се реализује је особен – као самозаштита, што је њена главна особеност, по којој се лако разликује од уговорног заложног права. Њој најсроднији институт је законска залога, од које се ипак донекле разликује.¹⁹⁸⁴

У том смислу бисмо се могли сложити са оценом¹⁹⁸⁵ да је ретенција „најслабије стварно право.“ Ипак, за разлику од аутора¹⁹⁸⁶ који ретенцију квалификују као „подврсту залог, најсличнију ручној залози“, ми сматрамо да је ретенција најсличнија законском заложном праву, али ипак не истоветна¹⁹⁸⁷. Коначно, остаје само питање да ли је она већ део *numerus clausus*-а позитивних стварних права (као врста законске залог) или пак, ослабљено стварно право *sui generis*, најсличније законској залози, али ипак различито, због одсуства важног елемента – права следовања, и других бројних особености. У том случају, ретенцију можемо оквалификовати као специфично „додатно ограничено“ стварно право на туђој ствари, као право *sui generis*.

Будући да ипак није у питању врста залог (јер не постоји идентитет ни са ручном, ни са законском залогом), једини начин да се ретенција у будућем српском праву сврста у *numerus clausus* стварних права, јесте да се и формално у закон уведе назив: права реалног обезбеђења потраживања (као виши родни појам), а у оквиру кога би фигурирала и ретенција, уз залог, као најсличније стварно право.

Сложили бисмо се са оценом француског правног писца,¹⁹⁸⁸ који ретенцију одређује као реално средство обезбеђења потраживања, које сврстава у особене „законске привилегије“¹⁹⁸⁹ (које су врхунац генезе развоја реалних гаранција¹⁹⁹⁰), са

¹⁹⁸⁴ Став најсличнији нашем у литератури заступа В. Vizner., *Komentar zakona o obveznim odnosima*, str. 1155, који закључује: „pravo zadržanja je po svojoj prirodi stvarno pravo (*ius in re*), a ne neko obvezno pravo (*ius ad rem*), a najpravilnije je tretirati ga kao jedno samostalno stvarno pravo na tuđoj stvari (*ius in re aliena*) u mnogome slično založnom pravu“.

¹⁹⁸⁵ Ову оцену даје аустријски правни писац F., Gschnitzer.

¹⁹⁸⁶ D. Hiber, M. Živković, *nav. delo*, str. 162. Сличне оцене постоје у страниј доктрини када је у питању квалификација правне природе квалификоване ретенције: „квалификована ретенција је подврста заложног права ограниченог обима и дејства“, према Wolff-у; „квалификована ретенција је право између залог и обичне ретенције, али ипак не стварно право“ према Laband-у; „ретенција је непотпуно заложно право, хибридна творевина усмерена ка правој залози“ према Anschutz-у и Volderndorff-у. Овде би се могла сврстати и пресуда Врходног трговинског суда Рајха, према којој је правна природа трговачке ретенције одређена као: „својеврсно законско заложно право, али без стварноправног карактера“. Тако се у немачкој доктрини закључује да је: ојачана ретенција једна међутворевина модерног права. Наведено према: А. Corpeel, *op. cit.*, стр. 13.

¹⁹⁸⁷ Сличан став заступа и аутор Goldschmidt. Више о томе код: F. Korn, *op. cit.*, стр. 5.

¹⁹⁸⁸ Највећи поборник става о стварноправној природи ретенције у француском праву је: L., Guillaouard, *op. cit.*, стр. 7-10.

¹⁹⁸⁹ Термин се не користи у значењу које овај израз има у домаћем праву.

следећим обележјима: 1) *законско обезбеђење* (према извору настанка); 2) обезбеђење на *телесним стварима* – по правилу покретним, а изузетно и непокретним (према објекту обезбеђења); 3) *специјално обезбеђење* (према начелу одређености гаранције); и 4) *поседовно обезбеђење* (према критеријуму неопходности „померања поседа“).

Коначно, чини нам се могућим и својеврсно помирење мноштва различитих теорија о правној природи ретенције, с обзиром на различите углове посматрања ретенције као правног феномена. Тако, потенцијално коегзистирајући закључци су следећи: 1) према садржини, ретенција је овлашћено задржавање ствари, чија је друга страна – негативан одговор на тражење њене предаје, уз евентуалну наплату из вредности задржане ствари; 2) према техници реализације, она је (дозвољено) средство самозаштите, тј. уже одређено – облик самопомоћи, који се процесно остварује – дилаторним приговором или противтужбом; 3) према функционалној припадности, ретенција је једно од права реалног обезбеђења потраживања; 4) према свом дејству, ретенција има нека својства правних моћи, али и много више од тога – њоме се ствара нови комплекс права и обавеза и то: између ретенента и противника ретенције, али и између ретенента и трећих лица.¹⁹⁹¹

¹⁹⁹⁰ Поменути аутор истиче да је еволуција реалних средстава обезбеђења потраживања текла у следећем смеру: од фидуције, као рудиментарног облика општег обезбеђења, преко залоге – најпре ручне, до непосредних законских залога (привилегија), које означава као најсавременија функционална преференцијална права реалног обезбеђења. *Ibid.*

¹⁹⁹¹ Ретенција се примарно реализује нечињењем, али је много више од негативног права. Затим, у поступку се реализује приговором, али он је само процесни инструмент њене институционализоване судске заштите, те је она свакако много више од обичног материјалног приговора. Даље, она представља врсту самопомоћи, али то није њен крајњи домаћај (као у појединим етапама развоја овог института кроз историју), већ само идејна база, као *ratio* одступања од начела судске заштите права, све док се врши вансудски. Она веома подсећа на правну моћ, која се „понаша“ као субјективно грађанско право, те је као таква и нормирана у доминантном моделу регулатива. Коначно, ретенција је право са претежним карактером стварних права. Такође нам се не чини довољном ни констатација да је ретенција неко гранично право, између стварних и облигационих, јер тиме није објашњена њена суштина, а то је: реална гаранција, чији је „преовлађујући елемент“ општасупротстављивост. Упркос базичним разликама између цивилне и трговачке ретенције, оба модалитета имају значајне карактеристике стварних права, врше њихову (обезбеђујућу) функцију у правном промету; на њиховом типичном објекту; дајући титулару правну власт на ствари. Неспорно је да квалификована ретенција има знатно више типичних одлика стварних права у односу на обичну, грађанску, али ни ова друга не може бити оквалификована тек као: „просто“ облигационо или „неко мешовито“ право.

VIII ГЛАВА

ПРЕСТАНАК РЕТЕНЦИЈЕ

С обзиром на чињеницу да је ретенција право које је строго акцесорне природе,¹⁹⁹² у функцији главног, обезбеђеног потраживања, она има сврху само док постоји главно право. Стога, када из било ког разлога престане да постоји потраживање које је дотад обезбеђивала, престаје да постоји и материјалноправни разлог њеног конституисања, те и она аутоматски «отпада».¹⁹⁹³ Са друге стране, иако настаје као споредно, несамостално право, ретенција је институт са сопственом физиономијом, за чији опстанак није довољно само постојање ненамиреног (дospelог) потраживања, већ и низ других услова предвиђених законом. Отпадне ли у међувремену неки од њих, ретенција ће такође престати да постоји, чак и ако главно право опстаје.

Стога, постоје две групе разлога услед којих право ретенције може престати, а које су општеприхваћене у домаћој и страниј доктрини¹⁹⁹⁴ и то су: 1) *посредни* (престанак ретенције са престанком потраживања) и 2) *непосредни* начини престанка (престанак ретенције независно од постојања потраживања)¹⁹⁹⁵. Стога ћемо, у циљу прецизније систематике,¹⁹⁹⁶ анализу појединих начина престанка ретенције извршити према овој подели.

1. Посредни начини престанка ретенције

Ови начини престанка ретенције су последица тзв. «временске коинциденције»¹⁹⁹⁷ настанка, постојања и престанка главног и обезбеђујућег права, чија

¹⁹⁹² Тако и: М. Лазих, *Право реалног обезбеђења*, стр. 94.

¹⁹⁹³ Иако постоји могућност да ретинент у тренутку престанка обезбеђеног потраживања настави да ретинира исту ствар у циљу обезбеђења неког другог потраживања, када се чини да ретенција опстаје упркос отпадању главног права, то ипак није случај. Тада је могуће само конституисање нове ретенције на истој ствари уз испуњеност свих законом предвиђених услова. Тако и: S. Petrić, *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, стр. 369.

¹⁹⁹⁴ О начинима престанка ретенције у француском праву видети: L., Guiolluard, *op. cit.*, стр. 441- 446.

¹⁹⁹⁵ У делу доктрине се ове две групе начина престанка ретенције означавају као: посредни и непосредни начини. Тако: М., Vuković, *Pravo trgovačke retencije*, стр. 27. Поједини страни аутори их називају: *индиректним* и *директним* разлозима престанка (залогe), али и ретенције. Видети: Rubino, *op. cit.*, стр. 273.

¹⁹⁹⁶ Домаћи и страни аутори наводе различите поделе начина престанка ретенције. Тако, поједини аутори деле начине престанка ретенције на акцесорне и неакцесорне, али међу акцесорне сврставају и консолидацију, која по нашем мишљењу, представља самостални начин престанка ретенције (а не акцесорни - услед престанка потраживања).

¹⁹⁹⁷ Z. Rašović, *Založno pravo na pokretnim stvarima*, стр. 434.

се сврха исцрпљује са нестанком потраживања.¹⁹⁹⁸ У ову групу начина «гашења» ретенције, који су последица њене искључиве природе „помоћног права обезбеђења“,¹⁹⁹⁹ прегледом ставова у литератури,²⁰⁰⁰ можемо издвојити следеће (општеприхваћене) групе начина њеног престанка: А) *испуњењем (намирењем)* потраживања, као основним и најчешћим начином²⁰⁰¹; Б) *свим осталим начинима*, чији је ефекат исти као испуњење потраживања, а то су: 1) давање уместо испуњења (*datio in solutum*)²⁰⁰²; 2) компензација; 3) отпуштање, тј. опроштај дуга; 4) новација (пренов) и 5) конфузија (спајање личности повериоца и дужника у једном лицу). Део доктрине²⁰⁰³ наводи и *застарелост* као начин престанка ретенције и то као последицу њене акцесорности.²⁰⁰⁴ Ипак, сматрамо да услед протекла рока застарелости (претходно пуноважно заснована) ретенција не престаје,²⁰⁰⁵ јер ни потраживање не престаје на тај начин, већ само слаби, те ову ситуацију нећемо издвојити као један од начина гашења овог права.²⁰⁰⁶

¹⁹⁹⁸ Део доктрине ово назива последицом: „дејства акцесорности у престанку“. Д., Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 155.

¹⁹⁹⁹ „Ретенција као споредно, помоћно право не може никако да преживи престанак обезбеђеног потраживања, ма каква била кауза његовог гашења“. Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 36.

²⁰⁰⁰ О акцесорним и неакцесорним начинима престанка ретенције видети: R. Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava удруженог рада*, стр. 1279; Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 170-171; Н. Планојевић, *Стварно право у пракси*, стр. 420; Z. Rašović, *Stvarno pravo*, стр. 452; Z. Stipković, *нав. дело*, стр. 290; V. Bilbija, *нав. дело*, стр. 96; М. Vedriš, P. Klarić, *нав. дело*, стр. 418; Ј. Гуцуња, *Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима*, стр. 27-28; С. Пауновић, *нав. дело*, стр. 69.

²⁰⁰¹ Тако и: Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *нав. дело*, стр. 248.

²⁰⁰² Видети: чл. 308 ZOO

²⁰⁰³ Видети: R. Lorenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, стр. 106-107; S. Petrić, *нав. дело*, стр. 370. Ипак, и ови аутори наглашавају да је спорно питање да ли је застарелости ту место (међу овим начинима престанка ретенције), с обзиром да она не значи губитак потраживања као главног права, већ само условни губитак права на тужбу у материјалном смислу. Ипак, део доктрине инсистира на застарелости као начину престанка ретенције, те јој само у том смислу на овом месту треба посветити пажњу. Видети: Staub's Kommentar, *op. cit.*, стр. 465. Cf. Rubino, *op. cit.*, стр. 283.

²⁰⁰⁴ Особени приступ застарелости се среће у француској доктрини (тумачењем чл. 2248 ФГЗ), где се наводи: застарелост се прекида сваким дужниковим признањем права његовом титулару, а управо је један вид признања дуга – остављање ствари у државини свог повериоца. Дакле, све док траје ретенција, потраживање не може да застари. Видети више код: R. Lorenc, *Pravo zadržanja (Ius retentionis)*, стр. 108.

²⁰⁰⁵ Детаљно о застарелости обезбеђеног потраживања, као једном од начина престанка ретенције видети код: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 442 i dalje.

²⁰⁰⁶ Осим тога, додатни разлог представља чињеница да се на намирење ретенента примењује одредба ЗОО о намирењу залогопримца, који се може намирити из заложене ствари чак и када је потраживање застарело. Чл. 368 ст. 1 ЗОО: “Кад протекне време застарелости, поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком може се намирити само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи.”

1.1. Престанак ретенције испуњењем дуга

Типичан начин престанка ретенције акцесорним путем²⁰⁰⁷ јесте испуњењем дуга од стране дужника (или еветуално трећег лица).²⁰⁰⁸ С обзиром да ретенција у готово свим регулативама²⁰⁰⁹ представља недељиво право, да би престала, неопходно је да испуњење обезбеђеног потраживања буде потпуно, а не делимично. У противном, ретенција ће наставити да постоји, као реално обезбеђење преосталог дела потраживања.

Плаћањем, давањем или другим видом извршења дуговане престације, дужник испуњава главну обавезу према повериоцу, због чега отпада оправдање даљег задржавања његове ствари. Испуњењем дуга поверилац остварује примарно жељену облигацију, због чега нема више право на ретенцију, која је дотад представљала технику активирања обавезе дужника. Дотад сужено право својине дужника (противника ретенције) на ретинираној ствари, сопственику се враћа у пуном обиму, услед својства рекадентности својине. Тада за повериоца настаје обавеза повраћаја претходно ретиниране ствари (са неодвојеним плодовима) њеном власнику (који више није његов дужник), јер отпада *ratio* њеног даљег задржавања.

1.2. Остали посредни начини престанка ретенције

У остале акцесорне начине престанка ретенције можемо убројати све класичне начине гашења права обезбеђења, предвиђене општим правилима облигационог права за престанак потраживања²⁰¹⁰ и то: 1) *давање уместо плаћања*; 2) *компензација*; 3) *отпуштање дуга*; 4) *новација (пренов)*; 5) *конфузија*; 6) *протек времена*; 7) *смрт дужника* код обавеза *intuitu personae*; и 8) *немогућност испуњења*.

1. *Давање уместо плаћања (datio in solutum)*. По правилу, дужник испуњава облигацију на начин на који се иницијално обавезао. Међутим, може доћи и до замене испуњења облигације, у случају да се странке споразумеју да дужник уместо одређене

²⁰⁰⁷ У страним регулативама видети: чл. 1289 ФГЗ; чл. 120 ШЗО

²⁰⁰⁸ Ипак, тада је могућа и законска или уговорна суброгација. Више о томе: Z. Rašović, *nav. delo*, str. 436. Видети: чл. 300 ЗОО

²⁰⁰⁹ У овом смислу изузетак је решење швајцарског права, по коме је ретенција (из разлога правичности) уређена као дељиво право, те у случају делимичне исплате дугованог (а у ситуацији дељиве ствари као обезбеђења) дужник има право да тражи повраћај сразмерног дела ствари.

²⁰¹⁰ У Одељку 3 ЗОО су регулисани „остали начини престанка обавезе“.

чинидбе испуни неку другу. Оваква замена, као алтернативно испуњење, не може се учинити без пристанка дужника.²⁰¹¹ Према ЗОО обавеза престаје ако поверилац у споразуму са дужником прими нешто друго уместо онога што му се дугује.²⁰¹² Тако, престанком потраживања (на атипичан начин), престаје и право на ретенцију као акцесоријум.²⁰¹³

2. *Компензација*. Један од акцесорних начина престанка ретенције је и пребијањем ретенцијом обезбеђеног потраживања.²⁰¹⁴ Компензација²⁰¹⁵ може бити потпуна (ако су потраживање и противпотраживање били исте вредности) и делимична (ако је потраживање једне стране било веће вредности од потраживања друге)²⁰¹⁶. Притом, само потпуним престанком обезбеђеног потраживања (путем пребијања), престаће и ретенција. У противном, компензацијом ће бити намирен само део обезбеђеног потраживања, док ће преостали део остати обезбеђен ретенцијом те ствари (исте вредности), због начела недељивости.

3. *Отпуштање дуга*. Начин престанка главне обавезе је и кад поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњене и дужник се са тим сагласи.²⁰¹⁷ Ипак, враћање залогне и одрицање од других средстава, којима је било обезбеђено испуњење обавезе, не значи повериочево одрицање од права да тражи испуњење главног дуга.²⁰¹⁸ Осим тога, опште отпуштање дугова гаси сва повериочева потраживања према дужнику²⁰¹⁹ (осим оних за која поверилац није знао да постоје у часу кад је отпуштање извршено), па и потраживање обезбеђено ретенцијом.

4. *Новација (пренов)*. Обавеза престаје ако се поверилац и дужник сагласе да постојећу обавезу замене новом и ако нова обавеза има различит предмет или различит правни основ.²⁰²⁰ Иако поједини аутори²⁰²¹ оцењују да новација не доводи до престанка

²⁰¹¹ Изузетно, ово је могуће у извршном поступку кад поверилац преузме тражбину свога дужника према трећем, да би је наплатио.

²⁰¹² Чл. 308 ЗОО

²⁰¹³ У аустријском праву видети: чл. 1414 АГЗ; у немачком праву: § 364 НГЗ; у француском праву: чл. 1243 ФГЗ.

²⁰¹⁴ Овај начин престанка ретенције је обухваћен у: чл. 1438 АГЗ; у § 387 НГЗ.

²⁰¹⁵ Чл. 336 ЗОО

²⁰¹⁶ Тако и: Z. Rašović, *nav. delo*, str. 437.

²⁰¹⁷ Видети: чл. 344 ЗОО. Притом, за пуноважност овог споразума није потребно да буде закључен у форми у којој је закључен посао из кога је обавеза настала (чл. 344 ст. 2 ЗОО). У страним регулативама овај начин престанка потраживања предвиђен је у: чл. 1444 АГЗ; у § 397 НГЗ; чл. 1282 ФГЗ; чл. 115 ШЗО

²⁰¹⁸ Видети: чл. 345 ЗОО

²⁰¹⁹ Чл. 347 ЗОО

²⁰²⁰ Одсек 3, чл. 348 ст. 1 ЗОО. О случајевима када неће доћи до пренова видети: чл. 348 ст. 2 и ст. 3 ЗОО.

²⁰²¹ Cf. Derrida, *Encyclopedie Dalloz*, стр. 710; S. Petrić, *nav. delo*, стр. 370. Тако, ова ауторка истиче да: „нема сметње да вјеровник врши право задржања у корист новог потраживања према истом дужнику“. Са овом оценом се начелно слажемо, али наглашавамо да то не негира чињеницу престанка старе ретенције и њене замене новом. Са новацијом потраживања долази и до „новације“ ретенције.

ретенције, нама се ипак чини супротно. Формалноправно, код новације долази до гашења старе обавезе, а тиме и старе ретенције (као акцесоријума).²⁰²² Установљавањем новог потраживања (уместо претходног) настаје ново главно право, те и ново акцесорно. Дакле, фактички посматрано, не мења се ништа: исти ретинент ретинира исту дужникову ствар, али зарад обезбеђења новонасталог потраживања. Чини нам се да акцесорност ретенције неминовно упућује на овакав закључак.²⁰²³

5. *Конфузија*. Обавеза престаје сједињењем кад једно исто лице постане и поверилац и дужник.²⁰²⁴ Ово се најчешће дешава у случају: а) универзалне сукцесије (када поверилац наследи свог дужника или обрнуто), те долази до стапања две имовине у једну; и б) сингуларне сукцесије, када једно од ова два лица постане уједно дужник и поверилац исте, конкретне тражбине. Будући да једно лице не може себи да дугује, нити од себе да потражује, логично је што се потраживање гаси, а са њим и ретенција.²⁰²⁵

6. *Немогућност испуњења*. Према ЗОО, обавеза престаје и када њено испуњење постане накнадно немогуће, услед околности због којих дужник не одговара.²⁰²⁶ Услов је дакле, да немогућност није скривљена, што подразумева и обавезу дужника да докаже околности које искључују његову одговорност.

7. *Протек времена и отказ трајног дуговинског односа*. Трајни дуговински однос са одређеним роком трајања престаје кад рок истекне, изузев кад је уговорено или законом одређено да се после истека рока дуговински однос продужава за неодређено време, ако не буде благовремено отказан. Ако време трајања дуговинског односа није одређено, свака страна га може прекинути отказом.²⁰²⁷ Истеком рока, односно отказом овакав облигациони однос престаје, а са њим и ретенција као споредно право.

²⁰²² Чл. 350 ЗОО: “(1) Уговором о преносу ранија обавеза престаје и нова настаје. (2) Са ранијом обавезом престају и залога и јемство, изузев ако је са јемцем или залогодавцем друкчије уговорено. (3) Исто важи и за остала споредна права која су била везана за ранију обавезу.

²⁰²³ С. Пауновић, *нав. дело*, стр. 69.

²⁰²⁴ Видети: Одсек 4, чл. 353 ЗОО

²⁰²⁵ У аустријском праву видети: чл. 1445 АГЗ; у француском праву: чл. 1300 ФГЗ; у швајцарском праву: чл. 118 ШЗО

²⁰²⁶ Видети: чл. 354 ЗОО

²⁰²⁷ Чл. 358 ЗОО

8. *Смрт дужника* код обавеза *intuitu personae*. Смрћу дужника или повериоца престаје обавеза само ако је настала с обзиром на личне особине неке од уговорних страна или личне способности дужника.²⁰²⁸

1.2.1. Пренос потраживања

Иако се у овом случају заправо не ради о престанку ретенцијом обезбеђеног потраживања, већ о *промени личности повериоца* ретенцијом обезбеђеног потраживања, у делу доктрине се ова ситуација сматра начином престанка ретенције. Притом, проблем не постоји код универзалне сукцесије (наслеђивања оставиоца-ретинента), будући да се наследници потпуно супституишу у правну позицију оставиоца,²⁰²⁹ а посед стичу отварањем његовог наслеђа.²⁰³⁰ Ипак, сингуларна сукцесија, конкретно цесија потраживања, сматра се спорним (потенцијалним) начином гашења ретенције.²⁰³¹

Схватања доктрине²⁰³² су по питању преносивости ретенције (као акцесорног права, уз пренос обезбеђеног потраживања) подвојена: 1) поједини аутори ову могућност потпуно одбацују; док је 2) други сматрају условно могућом. Ти услови су према схватањима различитих аутора другачији, а међу њима се наводе следећи: а) заснивање поседа цесионара на истој, претходно ретинираној ствари; б) пристанак дужника (власника ствари) на пренос државине те ствари; или пак в) прихватање концепције дозвољеног посредног поседа ретинента.

Као аргументи у прилог могућности преноса ретенције у литератури²⁰³³ се наводе: а) законом предвиђена аналогија са заложним правом – у државама у којима таква одредба постоји; б) општа одредба ЗОО о споредним правима обезбеђења, која

²⁰²⁸ Чл. 359 ЗОО. Ово је изузетак од општег правила грађанског права о преносивости права и обавеза са једног грађанскоправног субјекта на друго *inter vivos u mortis causa*, јер је реч о тзв. личним имовинским правима.

²⁰²⁹ Видети о томе код: Baumbach, Duden, *op. cit.*, p. 496. Тако и: S. Petrić, *nav. delo*, str. 371.

²⁰³⁰ Чл. 73 ЗОСПО

²⁰³¹ Дакле, претходна доктринарна квалификација ретенције као личног (облигационог) или стварног права, односно као правне моћи, директно утиче на оцену могућности преносивости ретенције (налик залози) или пак, немогућности, услед схватања овог права као строго личног приговора. Ово јесте један од суштинских проблема у вези са институтом ретенције, те на њега није лако дати изричит и недвосмислен одговор.

²⁰³² О спору у немачкој доктрини видети више код: Baumbach, Duden, *op. cit.*, p. 496.

²⁰³³ К. Oftinger, *op. cit.*, p. 392 i dalje. У швајцарској доктрини се тако истиче као могућа аналогна примена одредбе чл. 170 ШЗО, по којој: „уступање потраживања обухвата сва основна и сва споредна права...“ (осим оних која су неодвојива од личности уступиоца).

следе правну судбину главног права (*accessorium sequitur principale*), коју сматрамо кључном.²⁰³⁴

Сматрамо да овде суштински није проблем у питању преносивости ретенције као такве, јер она би, као споредно право, по дефиницији – морала бити преносива уз главно. Питање је само како да се то технички изведе у државама у којима је ретенција могућа само уз непосредну државину ствари. У том случају, паралела са ручном залогом није применљива – јер код ње је могућа и посредна државина. Са друге стране, преносивост ретенције је технички сасвим изводљива у државама у којима је допуштена и посредна државина, као предуслов настанка ретенције (тада ствар остаје код првог повериоца).

У нашој држави, као и у већини регулатива из нашег узорка би, уз цесију потраживања била нужна и предаја ствари новом повериоцу у непосредну државину, али тада се поставља питање: да ли је то „стара“ или нова ретенција? Ово је нарочито важно у државама где је конекситет услов ретенције, а њега нема на страни новог повериоца. Тада ретенција може опстати само као „стара“ са својством преносивости, јер ако је то нова ретенција – нови поверилац не испуњава услове за њу. То се изводи и из правила *accessorium sequitur principale*, тј. ретенција је преносива уз пренос непосредне државине и не гаси се престанком непосредне државине на страни новог повериоца. За пренос непосредне државине дужникова сагласност није потребна, јер је није било ни код првобитног заснивања ретенције. У том случају није ни битно да ли нови поверилац испуњава услове за ретенцију, јер је први испуњавао.

Притом, идеја да је ретенција непреносива не значи да је она облигационо право, како се у делу доктрине тврди, јер преносивост не зависи од правне природе ретенције. Наиме, сва грађанска права треба да имају својство преносивости - и стварна и облигациона (што је једна од одлика грађанских права). Ако ретенцију сматрамо непреносивом, онда то само може да значи да је третирамо као непреносива имовинска права, везана за личност титулара (тзв. лична имовинска права).²⁰³⁵

Зато се отвара питање: да ли је ретенција чисто имовинско право или лично имовинско право, неодвојиво од личности првог повериоца (попут алиментација или плодуживања). Наша је оцена да је ретенција ипак чисто имовинско право, дакле

²⁰³⁴ У хрватској доктрини се истиче слична аргументација позивањем на правило из чл. 437 хрватског Закона о обвезним односима. Као аргумент, ауторка истиче да су случајеви из ове законске одредбе у хрватском ЗОО наведени само примера ради (те да списак акцесорних права која су преносива са главним није коначан). S., Petrić, *nav. delo*, str. 372.

²⁰³⁵ Д., Стојановић, О., Антић, Увод у грађанско право, Београд, 2004, стр. 15.

одвојиво од личности првог титулара. Све претходно наведено је аргументација у прилог става о преносивости ретенције, што је став који сматрамо адекватнијим.

Други могући (а супротни) начин размишљања је следећи: ретенција се губи престанком непосредне државине (у државама у којима је непосредна државина услов ретенције, као у домаћем праву), што значи да је у питању непреносиво право. Могуће је да овакав став полази од идеје да је ретенција лично имовинско право – што нам се не чини тачним. Наиме, ретенција има функцију акцесорног реалног средства обезбеђења, које као такво – следи правну судбину главног права. Стога је логична последица акцесорности – пренос ретенције (као споредног права) уз пренос потраживања (као главног). У противном, теза о акцесорности ретенције би „отпала“, јер у овом случају ретенција не би „следила“ главно право, чијем обезбеђењу служи. Закључак да се ретенција губи престанком поседа првог ретинента, што код предаје ствари цесионару јесте случај, значио би да је претходна ретенција престала, а да је одмах затим, без временског вакуума, на истој ствари, против истог дужника - заснована нова (од стране новог титулара).

1.2.2. Престанак ретенције продајом ретиниране ствари

За овај начин престанка ретенције је спорно да ли га треба сврстати у посредне или непосредне начине престанка ретенције. Аутори га углавном не препознају као самостални начин престанка ретенције, јер је кључно за престанак ретенције (као споредног права) да је заправо престало потраживање (као главно). Наиме, намирењем потраживања из вредности остварене продајом ретиниране ствари, престало је да постоји главно право, а са њим и ретенција – као акцесоријум, а не обрнуто (престанак ретенције – па и потраживања). Ово је заправо случај акцесорности ретенције у престанку. Продаја ствари није сама себи циљ, да би због ње престала ретенција независно од потраживања, а сви самостални начини престанка ретенције су такви.

Ипак, са друге стране, ову ситуацију можемо посматрати и као истовремени престанак оба права (и главног и споредног), али ти престанци су ипак везани, јер не престаје ретенција због продаје ствари, већ због намирења потраживања продајом ствари. Стога бисмо овај начин престанка ретенције могли назвати посредним (везаним уз престанак потраживања) или евентуално мешовитим.

Овај супсидијарни начин намирења повериоца (у случају када нема добровољне исплате главног дуга) уједно оличава и крајњи домашај ретенције у домаћем, као и у

осталим правима са квалификованим моделом овог института. Коначном реализацијом ретенције, као реалног обезбеђења потраживања, потврђује се смисао ове заштите, која обезбеђује ретиненту првенствено намирење из вредности остварене продајом ретиниране ствари, при чему престанак обезбеђеног потраживања неминовно иницира и престанак ретенције. Тиме ретинент исцрпљује и друго овлашћење, које му је законом признато на дужниковој ствари, уз реализацију по правилима о намирењу заложног повериоца.

Једини предуслов реализације права првенственог намирења ретинента (чак и у случају застарелог потраживања) је претходно *благовремено обавештење* дужника о планираној продаји.²⁰³⁶ По протеклу примереног рока који је остављен дужнику за добровољно испуњење, ствар се излаже јавној продаји, односно продаји по текућој или берзанској цени и из вредности остварене њеном продајом намирују се најпре трошкови поступка, камата и коначно, главница.²⁰³⁷ Кључна разлика која у домаћем праву постоји између ретинента нетрговца и трговца, је у томе што први мора да исходује код парничног суда пресуду, те да по њеној правоснажности и извршности покрене и поступак извршења – сходно начелу официјелности. Са друге стране, привилегија трговца у улози ретинента је убрзани, олакшани поступак наплате потраживања из вредности ретиниране ствари, дакле, намирење мимо суда.

2. Непосредни начини престанка ретенције

Осим тзв. „везаних“ начина престанка ретенције, услед престанка потраживања, постоје и самостални, који воде престанку ретенције независно од потраживања. Тако, у делу доктрине²⁰³⁸ се прави даља дистинкција разлога престанка ретенције, који се односе на ретинирану ствар и то на: а) случајеве *апсолутне пропасти* ствари; и б) случајеве тзв. *релативне „пропасти“* ствари – фигуративно речено. У прву групу спадају случајеви *физичке пропасти* ствари (која је апсолутна, јер се ствар потпуно физички уништава, те престанак њене физичке егзистенције погађа сва лица са правом на ствари).

²⁰³⁶ Чл. 289 ЗОО. О значењу правног стандарда „благовремено обавештење“ видети више у делу рада о садржини и дејству ретенције у регулативама са квалификованим моделом ретенције (где спада и домаће право). Видети: С. Пауновић, *нав. дело*, стр. 68.

²⁰³⁷ Ово важи сходно правилима из чл. 312 и 313 ЗОО. Преостали износ од продаје, враћа се дужнику.

²⁰³⁸ Ј. Гуцуња, *Правно дејство права задржавања према Закону о облигационим односима*; R. Logenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, str. 1279.

Друга група²⁰³⁹ садржи следеће разлоге престанка: 1) *невољни (и трајни) нежељени губитак поседа* (односно детенције) ствари²⁰⁴⁰; 2) једнострано одрицање повериоца од права ретенције²⁰⁴¹ (*добровољни повраћај* ретиниране ствари власнику)²⁰⁴²; 3) *одрицање од својине, дереликција* (тзв. право абандона) на ретинираној (покретној)²⁰⁴³ ствари²⁰⁴⁴ од стране њеног власника (дужника); 4) *консолидација* (сједињење личности власника ретиниране ствари и ретинента у једном лицу); 5) *давање другог средства обезбеђења* уместо ретенције; а у литератури се наводи и 6) *недозвољена употреба*²⁰⁴⁵ ретиниране ствари.

2.1. Апсолутна (физичка) пропаст ствари

Свако стварно право (нераскидиво повезано са ствари као објектом) неминовно се гаси услед пропасти ствари, те тако и ретенција. Због даље објективне и трајне немогућности вршења права на ствари, овај разлог престанка реалног права обезбеђења се у страниј доктрини сматра особеним („довољним самим за себе“²⁰⁴⁶), а не једним од случајева престанка због „простог“ губитка поседа.

Све ствари у природи су склоне (јачем или слабијем) природном утицају, независно од људске делатности, који са собом неминовно доноси њихово кварење, оштећење и уопште смањење њихове вредности.²⁰⁴⁷ Ипак, смањење вредности ствари и њена апсолутна физичка пропаст немају исте правне последице. Наиме, док ће ретенција наставити да постоји на ствари смањене вредности, промењене физиономије

²⁰³⁹ О појединим начинима гашења ретенције (и разликама у гашењу цивилне и трговачке ретенције) у немачком праву видети више код: А. Coppel, *op. cit.*, стр. 23 i dalje.

²⁰⁴⁰ Ако ретинирана ствар изађе из руку повериоца, право ретенције престаје. О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 268. Ипак, у знатном делу доктрине се наглашава да до престанка ретенције долази само у ситуацији *вољног* губитка државине (јер у случају силом одузете ствари, ретинент има право на државинску заштиту: тужбе и самопомоћ), што је делимично тачно, јер ако ретинент пропусти рокове за државинску заштиту и невољни губитак државине довешће до престанка ретенције. Тако: Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 739.

²⁰⁴¹ Више о овом начину, али и другим неакцесорним начинима престанка ретенције у француском праву видети код: Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 36.

²⁰⁴² „Пошто је ретиненту додељена својеврсна законска привилегија, ретенција је *неопозиво избрисана чим поверилац дозволи да остане без поседа ретиниране ствари*“. Видети: N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 42.

²⁰⁴³ Ово прецизирање у домаћој доктрини праве и: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 170.

²⁰⁴⁴ На непокретним стварима није могућа дереликција ако на њима постоје права трећих лица.

²⁰⁴⁵ Овај начин самосталног престанка ретенције експлицитно наводи један домаћи аутор и један француски: R. Lorenc, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, стр. 1279; Marty, Raynaud, *op. cit.*, стр. 446.

²⁰⁴⁶ Rubino, *op. cit.*, стр. 284; Cf. Montel, *op. cit.*, стр. 20.

²⁰⁴⁷ Z. Rašović, *нав. дело*, стр. 443.

или на делимично пропалој ствари²⁰⁴⁸ (вршењем непосредне власти ретинента на преосталом делу ствари)²⁰⁴⁹; док, ретенција неће опстати у случају потпуне физичке пропасти ствари²⁰⁵⁰. Ако ствар пропадне услед дејства више силе (*vis maior*) или услед скривљене радње трећег лица, ретенција (као и залога) бива непосредно онемогућена.

Једино у ситуацији да је ретинирана ствар претходно била осигурана (или пак, да је пропала услед скривљене радње), може се поставити питање могућности реалне суброгације, тј. замене објекта (реалне гаранције) сумом осигурања или накнаде штете (исплаћене због уништења ретиниране ствари). Тада ретенција постоји на новцу као ствари, а не на потраживању које за објекат има исплату одређене суме (како се у делу доктрине наводи). По аналогији са залогом је могуће прихватити идеју реалне суброгације и за објекат ретенције. Ретенција ствари, била би замењена *ретенцијом исплаћене суме новца*, а све у циљу опстанка права обезбеђења (ма шта био обезбеђујући објекат, а свакако је у питању ствар) и свеобухватније заштите интереса ретинента. Поједини аутори сматрају да оваква законска аналогија није оправдана, јер је ретенција институт строго везан за посед ствари (без права следовања), кога након пропасти ствари више нема,²⁰⁵¹ са чиме се можемо начелно сложити, нарочито зато што није јасно како би ретинент дошао до непосредне суме новца о којој је реч (исплата би вероватно била извршена дужнику).

Ипак, претходно предложено решење је у складу са одредбом ДЦФР-а,²⁰⁵² којом се промовише овај вид реалне суброгације - у циљу опстанка ретенције као „суперпривилегије“. Тако се у овом тексту ретенција, као право реалног обезбеђења, проширује и на суму новца исплаћену због недостатка ствари, оштећења или губитка првобитно оптерећене ствари, укључујући и наплату осигурања. И у овом случају је исплаћена сума новца (као ствар) заменила првобитно ретинирани објекат (такође

²⁰⁴⁸ У случају делимичне пропасти ретиниране ствари, свакако се може тражити и продаја ствари (у регулативама трговачког модела ретенције), у било које доба (уз услов благовременог обавештења дужника о планираној продаји). Та продаја ретиниране ствари није превремена, као што може бити случај код залог, јер је код ретенције реч о већ доспелом потраживању (а код залог се на доспелост чека). Овај закључак се може извести из одредбе чл. 982 ЗОО, а с обзиром на упућивање закона на правила о намирењу заложног повериоца и код намирења ретинента.

²⁰⁴⁹ У страниј доктрини се опстанак залог (као врсте права реалног обезбеђења), на ствари делимично пропалој, оправдава правичношћу и потребом за што обухватнијом заштитом интереса (већ оштећеног) повериоца. Видети: Demelius, *op. cit.*, стр. 212.

²⁰⁵⁰ У случају да је ретинент скривио пропаст ствари, дужник (власник ствари) ће свакако имати право на одштетни захтев према њему (облигационо право).

²⁰⁵¹ Осим тога, ови аутори одричу ретенцији природу реалне гаранције, уз њену квалификацију као: фактичке моћи на ствари (са чијом пропашћу, пропада и сама фактичка моћ на њој). Видети: Simler-Delebecque, *op. cit.*, стр. 401. И поједини хрватски аутори ово питање означавају као спорно. Видети: S. Petrić, *nav. delo*, стр. 377.

²⁰⁵² DCFR, IX. – 2:306: *Proceeds of the originally encumbered assets*

ствар), те је, по нашем схватању, ово вид реалне суброгације, а не замена ствари – правом (потраживањем суме новца). А будући да се у ДЦФР-у не инсистира на непосредној државини ретенента (за разлику од решења домаћег права), довољна је и посредна државина титулара овог права да би ретенција постојала и даље – само на промењеном објекту.

2.2. Остали начини самосталног престанка ретенције

2.2.1. Губитак поседа ствари

Ретенција је право које је суштински повезано са поседом ствари, који је услов њеног постојања. Стога, губитак поседа по правилу узрокује губитак ове гаранције. Међутим, за разлику од старије доктрине,²⁰⁵³ која је сваки, па и привремени губитак фактичке власти сматрала довољним за губитак ретенције, данас по нашем мишљењу оправдано, преовладава став по коме *тек трајни (а нежељени) губитак поседа* условљава престанак овог права.²⁰⁵⁴ Ово је логична последица концепта државинске заштите ретенента. Тек ако у законским роковима предвиђеним за подизање државинских тужби или вршењем самопомоћи²⁰⁵⁵ ретенент не успе да поврати непосредну државину – он дефинитивно губи право ретенције²⁰⁵⁶. У супротном, ако ствар успе благовремено да поврати, доктрина²⁰⁵⁷ већински сматра да до прекида поседа није ни дошло, те да ретенција задржава свој првенствени ред од момента изворног настанка права (а не од тренутка повраћаја ствари). Овакво решење се и нама

²⁰⁵³ У немачкој доктрини овако ригидан став заступа: Palandt, *op. cit.*, стр. 322. Овај аутор сматра да сваки (макар и ненамеран, нежељени, па и привремени) губитак поседа неминовно доводи до раздвајања ствари и права на њој - које је строго државинско. Тако се ретенција, по овом схватању, губи у сваком таквом поједином случају губитка фактичке власти. Тако и: Нус, *op. cit.*, стр. 241. У домаћој доктрини овај став заступа: R. Logenc, *nav. delo.*, стр. 108.

²⁰⁵⁴ Видети: Simler, Delebecque, *op. cit.*, стр. 400; С., Scapel, *op. cit.*, стр. 564; N., Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 41; L. Guillouard, *op. cit.*, стр. 423; Aubry et Rau, *op. cit.*, стр. 196.

²⁰⁵⁵ У домаћем праву рокови за државинску заштиту су двојаки: 1) субјективни рок износи 30 дана од сазнања држаоца за сметање државине и за учиниоца; и 2) објективни рок износи годину дана од дана извршеног сметања поседа. Видети: чл. 77 ЗОСПО

²⁰⁵⁶ Мимо могућности повраћаја ствари у контексту државинске заштите (у законом предвиђеним роковима), страна доктрина се бавила и могућношћу „оживљавања“ старе ретенције упркос њеном престанку (који је у складу са вољом ретенента), али са намером накнадног повраћаја ствари. Ставови доктрине различитих европских земаља се врло разликују, а по нашем мишљењу, преовладавају они који сматрају да је дошло до престанка раније ретенције, те до накнадног и евентуалног успостављања нове (у случају испуњења свих законских услова), са чим се слажемо. Тако и: Gschnitzer, *op. cit.*, стр. 207; Oftinger, *op. cit.*, стр. 392; Palandt, *op. cit.*, стр. 1177. Cf. N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 29 и даље; Derrida, *op. cit.*, стр. 710. У домаћем праву: С. Пауновић, *нав. дело*, стр. 69.

²⁰⁵⁷ Тако и: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 170. У старијој домаћој доктрини овај став је заступао и М. Vuković.

чини смисленим, правичним, усклађеним са идејом гарантоване државинске заштите сваког држаоца (па и ретинента), а чак и правно нужним, како цео концепт ретинирања не би био обесмишљен²⁰⁵⁸. У швајцарској доктрини²⁰⁵⁹ је ово питање дуго сматрано спорним, а данас је доминантан став о континуитету државине, тј. опстанку ретенције упркос привременом, нежељеном губитку поседа (услед примене силе или неког другог начина депосесије без пристанка ретинента). У противном, у случају «*коначне правне немогућности повраћаја изгубљеног поседа ствари*», ретенција се губи.²⁰⁶⁰

Осим ових случајева правно недозвољеног одузимања поседа ретиниране ствари, у овај начин престанка ретенције, у појединим регулативама, спада још и случај одузимања ретиниране ствари од стране надлежног органа у поступку принудног извршења. У правима која ретиненту не признају право намирења, већ само задржавања, а то су НГЗ, АГЗ, ИГЗ и ФГЗ,²⁰⁶¹ покретање поступка извршења на ствари нужно иницира заплону дужникове ствари, било да је поступак покренуо сам поверилац-ретинент или други повериоци. С обзиром да заплена неминовно узрокује губитак поседа ствари, тиме се последично губи и ретенција. Насупрот томе, у регулативама које познају само квалификовану ретенцију (као што је домаћа), заплена ствари и губитак поседа у поступку принудног намирења не узрокују губитак ретенције, већ реализацију права првенственог намирења ретинента.

2.2.2. Одрицање повериоца од ретенције

Иницијално пуноважно заснована и вршена ретенција, може престати у складу са вољом повериоца-ретинента. Као што се залогопримац може одрећи залог,²⁰⁶² тако

²⁰⁵⁸ Поједини хрватски аутори се такође залажу за усвајање концепта престанка ретенције само у случају добровољног губитка поседа, не и у случају нежељеног (против и мимо воље ретинента), а по аналогији са одредбом чл. 328 Закона о власништву... (о престанку залог). Све док постоји могућност државинске заштите ретинента, требало би титулару овог права признати постојање ретенције (упркос фактичком губитку поседа). Видети: S. Petrić, *nav. delo*, str. 375.

²⁰⁵⁹ Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 739.

²⁰⁶⁰ Видети: Oftinger, *op. cit.*, стр. 392; Tuor, Schnyder, *op. cit.*, стр. 739. Доктрина се у аргументацији овог става позива на аналогну примену правила о престанку залог из чл. 888 ШГЗ.

²⁰⁶¹ Ипак, ново решење француског права је особено, јер иако ретенцији није признато право првенственог намирења, својеврсном законском техником реалне суброгације се омогућава опстанак ретенције и након извршене продаје оптерећене ствари – заменом објекта (уместо ретенције ствари, конституише се својеврна „ретенција цене“). О различитим схватањима о овом питању у француској доктрини видети: Француски речник; Cf. Malaurie-Aynes, *op. cit.*, стр. 117; N. Catala-Franjou, *op. cit.*, стр. 36 i dalje.

²⁰⁶² Ово правило „о залози и другим средствима обезбеђења“ је непосредно предвиђено у чл. 345 ЗОО.

се и ретинент може једностраном²⁰⁶³ изјавом воље *одрећи*²⁰⁶⁴ свог права. Притом, с обзиром да се ретенција по правилу односи на покретне ствари, аналогно са ручном залогом²⁰⁶⁵, можемо закључити да овакво одрицање не мора бити формално. Добровољним одрицањем ретенције сматра се повериочево напуштање поседа ствари, без обзира на то ко је стекао фактичку власт на њој.²⁰⁶⁶ Ипак, напуштање поседа, као фактичка радња - није довољно; одрицање је изјава воље, која се манифестује напуштањем поседа.

Тако, могуће су две ситуације: 1) повериочево (просто) *напуштање поседа* ствари (без интересовања за даљу судбину ствари); и 2) *добровољни повраћај* ствари дужнику. У оба случаја, чињеница да ретинент нема право следовања, онемогућава повраћај добровољно изгубљене државине ствари.²⁰⁶⁷

У вези са напуштањем поседа ретиниране ствари, у делу доктрине²⁰⁶⁸ се тако истиче да право обезбеђења престаје већ у тренутку давања овакве изјаве воље, иако ствар није још увек враћена дужнику-власнику, те да тај чин може да уследи и накнадно. Узгред, претходно постављено питање је занимљиво за све случајеве престанка ретенције: да ли она престаје *када наступи разлог или када престане државина*? Поједини страни аутори²⁰⁶⁹ у овом контексту износе став да постоји разлика између правног посла обавезивања (одрицање од ретенције) и правног посла располагања (предаја ствари у циљу престанка права обезбеђења). Међутим, ово важи само за немачко право, али не и за домаће, које не прави разлику између правних послова обавезивања и располагања.

Са друге стране, одрицање од споредног права (ретенције), ни на који начин не угрожава опстанак потраживања. Дакле, ретенција не може постојати дуже од потраживања, али потраживање може опстати без ње. Оно наставља да постоји, обавезује дужника и даље, једино је ослабљено чињеницом да више није реално

²⁰⁶³ За разлику од отпуштања дуга, код кога је потребна сагласност дужника, у овом случају довољна је изјава воље повериоца – дотадашњег ретинента. Тако, никакво прихватање одрицања није потребно за настанак дејства гашења ретенције.

²⁰⁶⁴ Поједини аутори ово једнострано одрицање ретинента од права обезбеђења називају: „*дереликцијом*“ (као начином престанка ретенције), што нам се не чини прихватљивим. Тако: R. Lorenc, *nav. delo.*, str. 110-111.

²⁰⁶⁵ Тако и: В., Loza, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, str. 816; Z. Rašović, *nav. delo*, str. 449.

²⁰⁶⁶ S. Petrić, *nav. delo*, str. 373.

²⁰⁶⁷ Поједини аутори овај аргумент сматрају кључним при негацији правне природе ретенције као стварног права: „ретенција не даје право на ствар, већ само право на привремено одбијање предаје ствари“. *Ibid.*

²⁰⁶⁸ Видети: D. Stojanović, D. Pop.Georgiev, *nav. delo.*, str. 209. Са друге стране, у француској доктрини се истиче да се напуштање ствари тумачи као прећутно одрицање од ретенције, чак иако приликом напуштања ствари поверилац изјављује супротно. Видети: Derrida, *Encyclopédie Dalloz, op. cit.*, стр. 710.

²⁰⁶⁹ Видети: Д., Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 156.

обезбеђено. То значи да поверилац више не може захтевати специјално намирење (из конкретно оптерећене ствари, издвојене из имовинске масе свог дужника), већ само из имовине дужника као целине. Притом, он више није носилац права првенства, већ је изједначен са осталим хирограферним повериоцима, који ће или сачекати добровољно намирење или ће то остварити принудним путем – утужењем²⁰⁷⁰.

2.2.3. Одрицање од својине на ретинираној ствари (дереликција)

Сваки власник ствари, па и титулар права својине на ретинираној ствари има право располагања својином, које се, између осталог, у сваком тренутку може и одрећи.²⁰⁷¹ Овакав случај престанка ретенције се дешава услед предузимања правне радње дереликције, тј. напуштања својине на ствари²⁰⁷² (уз трајно напуштање њене државине) од стране дотадашњег власника. Ипак, у литератури се оправдано наглашава да код дереликције непокретних ствари постоји једно значајно ограничење: «власник се може одрећи својине само под условом да на непокретности нема терета (хипотеке, плодуюживања, осим стварних службености)»²⁰⁷³. Стога се може поставити питање: да ли се ово ограничење можда односи и на ретенцију непокретности (или чак ретенцију уопште), која такође представља - особен терет на дужниковој ствари (тј. на својини на ствари)?²⁰⁷⁴

Последица дереликције је да ретинент губи свој статус реално обезбеђеног повериоца аутоматски – у тренутку давања овакве *изричите* изјаве воље дужника

²⁰⁷⁰ О разлозима за овакав повериочев уступак дужнику (који „није акт добротинства“) видети више код: Rubino, *op. cit.*, стр. 285.

²⁰⁷¹ Тако и: R., Logenc, *nav. дело*, стр. 111. Аутор наглашава да дереликцију (право абандона) дужника-власника ствари, тј. напуштање својине на ретинираној ствари треба разликовати од ситуације када власник само не тражи своју ствар натраг (а не постоји никакав рок који обавезује ретинента на повраћај). Наиме, потребна је изричита изјава воље о напуштању својине на ствари, у противном – није реч о дереликцији, већ само о пасивном понашању дужника-власника, када ретенција постаје „*nudum ius*“.

²⁰⁷² Дереликција представља један од начина престанка права својине. Изјава о одрицању од права својине на покретним стварима је неформална, док је код непокретности она формална и даје се општинском органу управе надлежном за имовинско-правне послове усмено на записник или исправом овереном од стране надлежног суда. Видети: чл. 32 и 47 ЗОСПО.

²⁰⁷³ Тако и: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 131. Други аутор истиче: „Напуштањем ствари од стране власника се не дира у права трећих лица која на њој постоје (право залог, плодуюживања)“. Видети: Д., Стојановић, *нав. дело*, стр. 157.

²⁰⁷⁴ Питање је следеће: да ли је могуће одрицање од својине ако је ствар оптерећена залогом? На тај начин дужник-власник ствари доводи ретинента у сличну ситуацију као код одрицања од својине на непокретности на којој постоји хипотека – што је забрањено. С обзиром на чињеницу да ЗОО у једном сегменту регулативе ретенције (правила о намирењу) непосредно упућује на сходну примену правила о залози, а имајући у виду и очигледне сличности у још неким сегментима регулативе ова два института, питање: да ли ова забрана важи и за ретенцију – можемо означити као спорно.

(дотадашњег власника).²⁰⁷⁵ Будући да је већ у непосредном поседу дерелинквиране ствари, он окупацијом (као особеним оригинарним начином стицања својине) може постати власник исте. Али, тиме бива онемогућен да врши ретенцију, будући да ствар више није туђа (и то дужникова), већ његова (случај консолидације), а доминантни модел ретенције у упоредном праву не познаје ретенцију своје ствари.

Ако је аспирација ретинента била искључиво вршење притиска на дужника да дуг намири, како би издејствовао повраћај своје ствари – дужниковом дереликцијом је у томе онемогућен. Са друге стране, ако је претендовао на намирење, такође неће моћи да га реализује. Ипак, ово је повезано са могућношћу дужника да злоупотреби право на дереликцију – искључиво у циљу да нанесе штету повериоцу (одриче се својине на ствари, само да би повериоца онемогућио да реализује своје потраживање).

2.2.4. Консолидација

Консолидација²⁰⁷⁶ представља случај када ретинирана ствар (по неком основу²⁰⁷⁷) постане објекат својине ретинента; дакле, када се личност ретинента и противника ретенције стопе у једном лицу. Тада, у већини регулатива нестаје један значајан законски услов за вршење ретенције и то: да је објекат ретенције *туђа* (дужникова) ствар. У регулативама (попут домаће) није замислива ретенција своје ствари, те је консолидација (у швајцарском праву, а потом и свим регулативама којима је оно било узор) један од начина *самосталног*²⁰⁷⁸ престанка ретенције.

²⁰⁷⁵ За пуноважно напуштање својине потребна су два услова: 1) да је власник на несумњив начин изрази вољу да ствар више не жели да држи; и 2) престанак државине те ствари. Видети: Д., Стојановић, *нав. дело*, стр. 156.

²⁰⁷⁶ У домаћем праву, консолидација је експлицитно законом предвиђена као један од самосталних начина престанка хипотеке, али доктрина једногласно сматра да овај начин престанка важи и за ручну залогу (дакле, генерално за заложно право). Видети: О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 383; З. Радовић, *нав. дело*, стр. 442. Аналогно, сматрамо да и за ретенцију, као институт најсроднији залози, важи ово правило.

²⁰⁷⁷ Правни основ за овај тип сједињења различитих својстава два лица у једном, такође може бити универзална или сингуларна сукцесија.

²⁰⁷⁸ *Cf.* S. Petrić, *нав. дело*, стр. 371. Ауторка консолидацију сврстава у групу акцесорних начина престанка ретенције (условљених престанком потраживања). Недостатак ове класификације је чињеница да потраживање и даље постоји, иако престаје да постоји ретенција, због одсуства једног законом предвиђеног услова – својство објекта као: туђе (дужникове) ствари. Због тога нам се чини да је адекватније овај начин престанка ретенције означити као неакцесоран (самосталан).

2.2.5. Давање другог одговарајућег средства обезбеђења

Особени начин престанка ретенције је давањем другог, прикладног средства обезбеђења.²⁰⁷⁹ *Ratio* овог начина престанка је давање могућности дужнику-власнику да своју ретинирану ствар поврати. Ова законска могућност је уступак њему, као лицу против чије воље је ретенција конституисана. Истовремено, ово је могућност алтернативног задовољења легитимних интереса угроженог повериоца, дакле, без његовог довођења у лошију имовинску позицију. Овај начин престанка ретенције је последица њеног особеног основа настанка (*ex lege* у ужем смислу) и израз потребе законодавца да „поравна“ колидиране интересе странака, у случају да је њихова сразмера конституисањем ретенције нарушена.

Давање другог средства обезбеђења треба да заштити угрожено повериочево потраживање, на начин који није лошији од заштите ретенцијом. И још значајније, ова опција бар донекле успоставља *начело аутономије воље* субјеката грађанског права (претходно нарушеног заснивањем ретенције мимо и против воље дужника). Ипак, особеност овог начина престанка ретенције је да га не познају све регулативе из нашег узорка. Тако, у ФГЗ и ИГЗ, ова могућност није експлицитно предвиђена, а не признаје се ни у тамошњој доктрини,²⁰⁸⁰ што сматрамо пропустом.

Овај начин гашења ретенције је особен из два разлога: 1) ниједно друго средство реалног обезбеђења не може престати на овај начин; и 2) у доктрини је врло спорно шта тачно означава правни стандард: *друго одговарајуће обезбеђење*. Наиме, да ли је адекватно било које друго – лично или реално? Даље, да ли је релевантна вредност: а) претходно ретиниране ствари; или б) вредност обезбеђеног потраживања или в) обе? У сваком случају, ова замена може бити *добровољна* (када се поверилац са њом сагласи) или пак *принудна* – када суд обавезе повериоца да на њу пристане. Тада, ретинент има обавезу да врати ретинирану ствар, те тиме ретенција престаје, а истовремено се заснива неко друго право обезбеђења потраживања.²⁰⁸¹ Такође се може поставити питање: да ли је то само реална суброгација код «старе» ретенције, када друга ствар

²⁰⁷⁹ Videti: čl. 288 ZOO: “Poverilac je dužan vratiti stvar dužniku ako mu ovaj pruži *odgovarajuće* obezbeđenje njegovog potraživanja.”

²⁰⁸⁰ Ово значи да суд не може (као у нпр. домаћем праву) принудити повериоца да прихвати друго средство обезбеђења уместо ретенције, ако он то не жели. У супротном, ако је то у складу са вољом повериоца, замена ће свакако бити могућа.

²⁰⁸¹ Тако и: Д. Хибер, М. Живковић, *нав. дело*, стр. 171.

постаје објекат ретенције; или је реч о престанку «старе» ретенције и заснивању: а) нове, уговорне ретенције или б) залогe – ако је предмет обезбеђења опет ствар?

Питање шта се сматра „одговарајућим“ обезбеђењем је поделило доктрину, тако да поједини аутори²⁰⁸² сматрају да је адекватно само неко друго реално обезбеђење, попут залогe (чиме се имплицира да је ретенција управо једна врста реалног обезбеђења, те је не можемо замењивати слабијим – личним). Са друге стране, има аутора²⁰⁸³ који закључују да, с обзиром да законом није искључена ниједна врста обезбеђења, захтев да друго средство обезбеђења буде одговарајуће, треба тумачити екстензивно: дакле, треба прихватити чак и лично средство обезбеђења, под условом да је у конкретном случају одговарајуће. Дилема ове врсте једино не постоји у НГЗ и у АГЗ у којима је јемство (као облик личног обезбеђења) експлицитно законом искључено.

По нашем мишљењу, термин „одговарајуће обезбеђење“ не односи се на врсту обезбеђења и не упућује на искључење било ког средства обезбеђења као *a priori* неадекватног. Реч је о правном стандарду који конкретном садржином у датом случају испуњава суд у ситуацији када дужник и поверилац не могу да постигну споразум, узимајући у обзир различите параметре и околности, попут: односа вредности потраживања и предложеног обезбеђења; поузданости конкретног средства обезбеђења у конкретном случају; шансе за принудно намирење повериоца и слична својства. Тако се може догодити да у једном случају јемство буде адекватније средство обезбеђења (пр. јемац има сигуран посао, високу плату, поуздана је и одговорна личност), него ручна залогa на ствари (која једва има довољну вредност, тешко се може продати и проблематична је за чување).

У другом пак случају, ситуација може бити обрнута, па ће одговарајуће обезбеђење бити заложно право, а не јемство. Зато смо мишљења да аутори који наведену формулацију ЗОО тумаче у правцу искључења било ког средства обезбеђења немају ваљану аргументацију за такав став и да није могуће унапред и апстрактно рећи шта је одговарајуће обезбеђење, већ то зависи од околности конкретног случаја. Коначно, и чињеница да банке запошљавају посебна лица чији је једини задатак процена које би средство обезбеђења било најприхватљивије за конкретног клијента – је доказ да не постоји ни једно средство обезбеђења које бисмо унапред могли да означимо као „одговарајуће“, већ је то ствар испитивања околности конкретног случаја.

²⁰⁸² Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 672.

²⁰⁸³ Ј., Gucunja, *нав. дело*, стр. 29; V., Bilbija, *нав. дело*, стр. 96.

Други проблем је питање вредности тог другог средства обезбеђења. Тако се у делу доктрине сматра да је релевантна вредност претходно ретиниране ствари, а не обезбеђеног потраживања. По нашем мишљењу, кључна идеја повериоца је била – обезбедити потраживање; па је задржао ствар коју баш није могао бирати, већ до које је случајно дошао. Та ствар може имати и већу и мању вредност од потраживања, зато смо мишљења да је вредност потраживања главни параметар за вредност овог новог средства обезбеђења.²⁰⁸⁴ Ако бисмо под одговарајућим обезбеђењем подразумевали стару ретенцију са реалном суброгацијом њеног објекта, онда би можда била кључна вредност раније ретиниране ствари (а не потраживања). Стога сматрамо да је за ово питање кључна оцена: да ли је у питању исто право ретенције са «заменењим» објектом обезбеђења (ако је ствар у питању); нова ретенција; или је реч о неком другом праву обезбеђења.

2.2.6. Недозвољена употреба ретиниране ствари

Коначно, у делу доктрине²⁰⁸⁵ се као потенцијални начин неакцесорног престанка ретенције помиње и недозвољена употреба ретиниране ствари од стране ретинента, тзв. *furtum usus*. С обзиром да садржина права ретенције ни у једној регулативи и ни у једном модалитету ретенције (чак ни изузетно) не обухвата право употребе задржаване ствари²⁰⁸⁶, део доктрине закључује да је ово један пример *злоупотребе права ретенције*, који треба санкционисати одузимањем овог права од титулара. При оцени претходно наведеног става треба имати у виду да ни залогопримац не губи ручну залогу употребом ствари противно уговору, мада је и то стриктно гледано злоупотреба права, већ то само рађа могућност за залогодавца да затражи да је држи треће лице. За ретенцију то није могуће (или бар не у државама у којима је за ретенцију неопходна непосредна државина ствари), али нисмо мишљења да би ово требало да буде разлог за њен престанак.

Ретинент, као ни заложни поверилац²⁰⁸⁷ није овлашћен да објекат свог права искоришћава на било који начин, с том разликом што залогопримац може уговорити са залогодавцем супротно (тзв. антихреза). Ретенција, настала на основу закона, међутим,

²⁰⁸⁴ О томе више код: Ј. Гуцуња, Правна дејства права задржавања према Закону о облигационим односима, стр. 29.

²⁰⁸⁵ Овај начин самосталног престанка ретенције наводи: R. Lorenc, *nav. delo*, стр. 112.

²⁰⁸⁶ Тако и: О., Станковић, М., Орлић, *нав. дело*, стр. 252.

²⁰⁸⁷ Видети: чл. 976 ЗОО

не даје такву могућност. Све док траје ретенција, као и заложно право, титулар права обезбеђења је дужан да се пасивно понаша према ретинираној ствари (што не значи да је ретенција негативно право, већ само да није једно од права коришћења туђе ствари).

Ипак, питање је да ли неовлашћеном употребом – он може од стране суда бити потпуно лишен овог права реалног обезбеђења или је последица само: обавеза да надокнади штету противнику ретенције (сходно пооштреној одговорности), на основу аналогије са залогом, уз обавезно урачунавање у намирење користи које је имао од употребе ствари.²⁰⁸⁸

Ипак, чињеница је да се ретиненту на овај начин толерише повреда права противника ретенције, која би могла бити санирана додељивањем ствари у посед другом лицу (тзв. секвестрација), а која није могућа због захтева (чл. 286 ЗОО) за држањем ствари у рукама ретинента. Стога нам се чини да је могуће решење - дозволити и посредну државину као услов ретенције (уз непосредну).²⁰⁸⁹

3. Престанак ретенције према ДЦФР-у

Начини престанка ретенције према ДЦФР-у претежно су усклађени са општеприхваћеним начинима престанка овог права у европским националним регулативама,²⁰⁹⁰ иако начини престанка ретенције нису подељени на – посредне и непосредне.

Тако, у ДЦФР-у се следећим редоследом наводе начини гашења овог (али и друга два) права реалног обезбеђења на покретним стварима²⁰⁹¹: а) споразумно; б) ако се обезбеђени поверилац одрекне права обезбеђења – добровољним повраћајем оптерећене ствари власнику (свом дужнику); ц) ако оптерећено добро пропадне; д) ако обезбеђени поверилац постане власник оптерећене ствари (консолидација); е) ако

²⁰⁸⁸ Чл. 976 ЗОО: „Залогопримац нема право да употребљава заложену ствар, или да је преда другоме на употребу, или у залогу подзалога, осим ако му то дозволи залогодавац.(2) *Залогопримац који употребљава ствар без дозволе залогодавца или је преда другоме на употребу, или у залогу, одговара и за случајну пропаст или оштећење ствари који би се догодили том приликом.*

²⁰⁸⁹ Потенцијално решење би било тражити од суда да донесе одлуку о предаји ствари у посредну државину другом лицу, које би је чувало за рачун ретинента. Овакав исход је могућ у немачком праву, које експлицитно дозвољава и посредан посед ствари, као премису пуноважног настанка и вршења ретенције.

²⁰⁹⁰ Особен (атипичан) начин престанка ретенције, експлицитно наведен у поменутом члану ДЦФР-а је стицањем својине на оптерећеној ствари од трећег (савесног) лица по правилима о стицању својине од невласника. О томе више: Н., Планојевић, Стицање својине од невласника у Нацрту заједничког појмовног оквира Студијске групе за Европски грађански законик, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 2011, св. 135, стр. 279-291. О овом начину престанка детаљније видети: X. – 6:102: Loss of proprietary security due to good faith acquisition of ownership.

²⁰⁹¹ Chapter 6: Termination, IX. – 6:101: *Instances of termination of proprietary security*

власник оптерећене ствари постане треће лице – неоптерећено ранијим реалним теретима конституисаним на ствари (попут стицања својине по правилима о стицању од невластника); ф) конфузијом. Осим тога, реална гаранција може престати престанком потраживања и на било који други начин, а нарочито испуњењем дугованог.

Ипак, интересантно је приметити да у ДЦФР-у као посебан начин престанка ретенције није наведен нежељени губитак посуда ретиниране ствари. Ово је вероватно последица концепта који дозвољава и посредну државину (дакле, не нужно непосредан контакт ретинента са задржаваном ствари), као и могућности државинске заштите. Као вредан пажње треба поменути и престанак ретенције на основу споразума повериоца и дужника, као и стицањем својине од невластника. Оба начина су специфична, а само их ДЦФР изричито регулише, што сматрамо предношћу.

По престанку ретенције, било због престанка потраживања, било због престанка постојања објекта ретенције, наступају значајне правне последице, а то су: губитак права повериоца на даље задржавање дужникове ствари и последично, обавеза повраћаја ствари њеном власнику.²⁰⁹² Уз то, дотадашњи ретинент је дужан да врати власнику ствари евентуални вишак вредности добијен продајом ретиниране ствари или друге остварене приходе од његове ствари, по престанку односа реалног обезбеђења.²⁰⁹³

4. Тренутак престанка ретенције

Након свих претходних разматрања, можемо поставити питање када заправо престаје ретенција: да ли када наступи неки од наведених разлога за њен престанак или када престане државина ретинента? С обзиром на то да је и губитак државине засебан разлог престанка ретенције, стиче се утисак да у свим осталим случајевима ретенција не престаје губитком државине, већ – наступањем неког од разлога за престанак. То даље значи да ретинентова државина надаље постоји – али без права на државину.

Дакле, ретенција као право на државину престаје, а остаје само државина без права на државину у виду ретенције, коју поверилац мора да врати или ће му је дужник изнудити у парници. Разлог је тај што поверилац више нема право на приговор ретенције, јер је «отпао» неки од законом кумулативно предвиђених услова за њено постојање.

²⁰⁹² DCFR, X. – 6:104: *Consequences of termination*

²⁰⁹³ DCFR, IX. – 6:105: *Secured creditor liable to account for proceeds*

ЗАКЉУЧАК

На основу резултата до којих смо дошли у овом истраживању, бавећи се различитим сегментима проблематике ретенције у домаћем и упоредном праву, кроз време и данас, у завршном излагању ћемо настојати да одговоримо на следећих 6 кључних питања, постављених у уводном делу рада.

Прво питање је да ли постоји потреба за постојањем ретенције данас, преваходно у домаћем праву. *Друго питање* је утврђивање разлога који оправдавају постојање ретенције у савременим условима, будући да она представља велико одступање од најмање два, суштински важна начела грађанског права, а то су: начело аутономије воље субјеката грађанског права и начело судске заштите права. *Треће питање* је одређење правне природе ретенције, које је нарочито спорно. На основу ове оцене могућа је и следећа, а то је: проналажење адекватног места за ретенцију међу другим институтима домаћег правног система. *Четврто питање* је које врсте ретенције треба да постоје у српском праву *de lege ferenda* и посебно да ли постоји потреба за различитом регулативом ретенције грађанског и трговачког права. *Пето и најважније питање* је под којим условима и са каквом садржином треба дозволити заснивање ретенције у српском праву *de lege ferenda*.

На основу истраживања услова под којима је ретенција допуштана кроз историју, а нарочито компарацијом услова предвиђених у позитивном домаћем и упоредном праву, циљ је формулација предлога оптималне регулативе ретенције у праву Србије *de lege ferenda*.

Резултати које ћемо изложити продукт су компаративне анализе следећих правних извора: 1) законских решења две велике породице права (европскоконтиненталне и англосаксонске правне традиције), уз нарочито детаљну анализу решења 11 традиционално значајних европских позитивних регулатива; 2) различитих предлога будућег српског грађанског права, садржаних у два домаћа Нацрта и то: Нацрта законика о својини и другим стварним правима у верзији из 2006. и 2011. године и решења Нацрта Грађанског законика Србије, који оличава будуће грађанско право Србије (а чија јавна расправа је у току); 3) ставова домаће и стране доктрине и судске праксе; и коначно, 4) решења ДЦФР-а, модел-правила комунитарног права ЕУ, са којим у блиској будућности треба хармонизовати национално решење.

На основу свега претходно наведеног, конципираћемо модел регулативе ретенције који сматрамо: најсврхисходнијим за српско право *de lege ferenda*, претежно усклађеним са најзаступљенијим моделом регулативе у упоредном праву; а компатибилним са решењем ДЦФР-а. Такав модел оличаваће спој практичног и научно оправданог концепта, усклађеног са *ratiom* савремене ретенције; систематизовано и институционализовано решење; и корак даље ка коначној унификацији правила о ретенцији на нивоу ЕУ.

1. Да ли постоји потреба за ретенцијом у савременом грађанском праву?

Приказ еволуције ретенције кроз време указује на променљиву потребу за ретенцијом у различитим епохама и измењеним друштвено-економским оквирима. Последица тих промена је и варирање дејства овог института, узроковано различитим правнополитичким разлозима, који оправдавају шире или уже признавање ретенције у различитим регулативама. Допуштеност, а потом и квантитет и квалитет регулативе ретенције, одраз су правне свести појединих друштава о важности егзистенције овог старог института, који упркос тзв. „примитивној“ техници реализације, ни у 21. веку није добио адекватну алтернативу. Питање које се логично намеће је: како и зашто архаични институт римског права функционише у савременим условима, има ли исту сврху и да ли представља израз исте идеје; тј. има ли исти *ratio* или не?

Током своје генезе ретенција је прошла пут развоја од обичног облигационог приговора долуса, чија је судбина зависила од процене претора у сваком поједином случају; преко апсолутне забране у аустријској регулативи (пре новела); затим, преко права строго негативног садржаја у средњевековним регулативама; до савременог институционализованог особеног субјективног грађанског права. У том смислу можемо констатовати - *континуитет једне опште идеје заштите правичности и еквиваленције узajамних давања странака*, што одражава најопштији *ratio* ретенције, почев од римског права, па до модерног концепта.²⁰⁹⁴

²⁰⁹⁴ Пратећи еволуцију ретенције кроз време можемо закључити следеће: 1. Различити законодавци (па и домаћи) су првобитно прихваћени казуистички (*ad hoc*) модел регулисања ретенције заменили општим; дакле, некада уско интерпретиран и „неразрађен изузетак“ су *проширили* на ниво општег законског правила, што одражава *суштинску промену у схватању важности грађанскоправних начела*, која су *ratio* и оправдање шире примене ретенције. 2. *Оснаживање* некада ригидно регулисане ретенције, у искључивој улози средства притиска, *додавањем својства средства намирења* (у домаћој регулативи и бројним другим) - допринело је максималној заштити интереса повериоца-ретинента, снабдевног ефикасним реалним средством обезбеђења потраживања, али уједно означило и значајну повреду интереса дужника, који у коначном епилогу – може изгубити право својине на ретинираној ствари и то

Можемо закључити да је историја ретенције - *емпиријска потврда сврсисходности и реалне потребе за постојањем овог института; коју потврђује процес континуиране и све екстензивније примене ретенције у пракси; и то у смеру постепеног ширења садржаја и дејства ретенције уопште, а посебно грађанскоправне ретенције*. Чињеница да ретенција непрекидно постоји у различитим европским (али и англосаксонским регулативама, у особеној форми *lien-a*), указује на њену незаменљивост било којим другим средством обезбеђења потраживања, под специфичним, законом задатим околностима. Стога, ретенција представља право обезбеђења *sui generis*, које нема свој пандан, због чега логично, завређује посебно место у домаћем систему грађанског права.

Ипак, упркос очигледној корисности овог права обезбеђења (посматрано из угла угрожених имовинских интереса повериоца), ова привилегија за једну страну, истовремено представља – директну, наизглед необјашњиву, повреду имовинског права друге стране у облигационом односу. Из перспективе дужника, ретенција је терет, који настаје независно од воље лица на чијем се праву својине конституише. Очигледно, тиме се условљава неједнак третман странака, које треба да стоје у односу координације. Наиме, ретенцијом се једнострано елиминише аутономија воље дужника, уз законом наметнуту обавезу да трпи повериочев избор (неиздавање дужникове ствари, а потенцијално и губитак својине на њој); док истовремено, аутономија воље повериоца остаје очувана – он може вршити ретенцију, али и не мора. Друго, она значи и одступање од правила да се заштита повређеног субјективног права може тражити само од стране државног органа (суда) и да се не може вршити лично (приватним путем).

Стога је логично поставити питање: зашто би једно за дужника ограничавајуће, нежељено, принудно (законско) право обезбеђења постојало, када угрожава неке постулате грађанског права и драстично повређује приватни интерес, тј. апсолутно право својине дужника (које је као стечено - Уставом и законом гарантовано као неповредиво)? С обзиром да смо претходно потврдили постојање практичне потребе за оваквим законским правом обезбеђења, али истовремено и указали на противречности у последицама које изазива, неопходно је да утврдимо разлоге који оправдавају његово постојање у савременим условима. По нашем мишљењу, *опити интереси* су ти који

против своје воље. 3. *Потпуно укидање услова конекситета* у домаћим условима означило је можда и највећи законодавни заокрет у упоредном праву, у смислу омогућавања максималног проширења домаћаја грађанске ретенције.

имају превагу над приватним интересом дужника, који реализацијом ретенције бива уистину повређен (али се уједно поклапају са приватним интересом повериоца – који бива «награђен» оваквим правним епилогом).

2. Које је оправдање ретенције у савременим условима?

Упркос негативним и нежељеним последицама које изазива у имовинскоправној сфери дужника, ретенција има барем два значајна материјалноправна, једно процесно и једно општедруштвено оправдање; а која по нашем мишљењу, легитимизују и чине сврсисходним њено постојање у савременим условима.

1. *Први разлог* (материјалноправне природе) који оправдава њено институционализовање је чињеница да је ретенција једна врста реалних права обезбеђења потраживања, која последњих деценија генерално доживљавају *експанзију и на националном и на међународном нивоу*. То потврђују не само законски текстови страних националних регулатива, већ и решење ДЦФР-а, у ком је ретенција призната - као једно од три права реалног обезбеђења на покретностима. Фактичка власт ретинента на ствари постаје гаранција да ће доспело потраживање бити намирено, пре свега путем вршења притиска на дужника да дуг исплати, а потом, евентуално и намирењем потраживања из вредности ствари (као средства обезбеђења). У том смислу, право ретенције се појављује као важан вид заштите интереса повериоца, који бивају угрожени неизмиривањем потраживања од стране неуредног дужника.

2. *Други разлог* који овај институт чини значајним јесте његов смисао и циљ, а то је: *повраћај нарушене равнотеже у правни однос*, у виду изузетка од забране самовласног вршења права, легитимизовањем тзв. „примитивне правде“; под експлицитно предвиђеним законским условима; непосредно на основу закона, независно од воље противника ретенције, чиме се легализује захват у туђу имовинску сферу (отклања се елемент противправности). Овим институтом се, наизглед фаворизовањем интереса повериоца (ретинента), санира повреда *bona fides praestare*, чиме се штити не само појединачни интерес лица у облигационом односу, већ и општи, оличен пре свега *начелима правичности и савесности и поштења*.

3. *Трећи разлог*. Осим материјалних оправдања, право ретенције има значај и у процесном смислу, кроз рационализацију времена и трошкова, јер резултира вођењем само једне парнице (уместо две), што је у складу са начелом процесне економије.

Очигледно се значај овог института проширује на неколико различитих аспеката: материјалноправни (право обезбеђења које се прибавља независно од воље дужника потраживања); процесни (приговор у парници); али и општедруштвени (заштита права кроз допуштenu самопомоћ, а не самовлашће). Због свега претходно наведеног, експлицитно допуштање ретенције у виду опште формуле - представља доминантни однос законодаваца у упоредном праву према овом правном феномену, што сматрамо сврсисходним приступом. Потврда чињенице да је изабрани правно-политички курс према овом праву адекватан, јесте и регулатива ДЦФР-а, у којој ретенција заузима значајно место.

3. Каква је правна природа ретенције?

1. *Генеза.* Савремена ретенција је последица дуготрајне еволуције овог института, који је почев од римског права, претрпео бројне промене, па и трансформацију своје правне природе: почев од општег облигационог приговора *dolosa*; преко посебног (материјалног и процесног) приговора ретенције; кроз теорију о самопомоћи и приватној правди; па до субјективног грађанског права: најпре, чисто облигационе природе, преко мешовите, до претежно - стварноправне.

2. *Упоредноправне тенденције у квалификацији правне природе ретенције.* Наш одговор на претходно формулисано питање је потврда у уводу постављене хипотезе - да је савремена ретенција специфичан институт, који садржи извесне сличности са правном моћи, али су ипак доминантнији елементи субјективног грађанског права. Реч је о праву са правним дејством које превазилази дејство *inter partes* и то конкретно, о стварном праву обезбеђења потраживања (а не облигационом), те ретенцију сходно том одређењу и треба систематизовати у будућем Грађанском законнику Србије.²⁰⁹⁵ Ово је не само опредељење творца ШГЗ (као најмодернијег кодекса из нашег узорка), већ уједно (а што је значајније) и опредељење творца DCFR, који ретенцију регулише у књизи IX („*Proprietary security rights in movable assets*“), као једно од права реалног обезбеђења потраживања на покретним стварима. Карактеристике регулативе ретенције у ДЦФР-у,

²⁰⁹⁵ Упркос извесним сличностима у карактеристикама и сферама могуће примене, ретенција и (у раду анализирани) облигациони институти: компензација и приговор неиспуњеног уговора, имају: институционалну аутономност, особене функције, специфичне претпоставке настанка, различит објекат, различито дејство, а последично и другачију правну природу. На основу тога чини нам се превазиђеним схватање по ком се ови институти поистовећују или пак, сврставају у исту групу грађанских права (са истим вишим родним појмом: облигационо појачавање уговора или просто - мешање повериоца у имовинска права дужника).

по нашем мишљењу, указују на чињеницу да је ретенција право које је најсродније законској залози.

3. *Теоријско оправдање предложене систематике.* Претходно предложена систематика завређује адекватно правно-догматско образложење, изведено на основу детаљне анализе различитих законских решења и доктринарних ставова о правној природи ретенције. Ретенција је специфично субјективно грађанско право, које садржи претежно елементе стварних права, а чију је природу могуће дефинисати применом критеријума „*преовлађујућег елемента*“²⁰⁹⁶ у њеној сложеној структури.

Сегменти којима треба дати превагу, по нашој оцени су: настанак поводом одређене ствари, на којој титулар има непосредну правну власт (обележену и државином); његова овлашћења настају непосредно на основу закона и начелно су позитивна; са правом првенства (над свим облигационим; као и стварним правима на истој ствари, која су касније настала); дужник и трећа лица су обавезни на пасивно понашање, тј. на нечињење у односу на ствар. Ови елементи, по нашем мишљењу, одређују доминантни карактер ретенције, а то је: *субјективно грађанско право, са претежно стварноправним дејством.* У групи стварних права ретенција спада, као што из наведеног произлази, у ограничена стварна права на туђој ствари (*iura in re aliena*). Ипак, ретенција је, по нашем мишљењу, непотпуно *стварно право* (лишено права следовања), што је чини особеним институтом.

4. *Ком стварном праву обезбеђења је ретенција најсличнија?* У доминантном моделу регулатива ретенција је право реалног обезбеђења потраживања, најсличније залози. Ипак остаје питање: да ли је ретенција право које је најсличније ручној (по правилу, добровољној) или законској (принудној) залози? Иако се квантитативним збрајањем сличности и разлика не може доћи до адекватног закључка, јер су кључне сличности и разлике ових института релативно уједначене – ипак се чини да је ретенција сличнија законској залози, што посебно важи за трговачку ретенцију.

Овакво виђење ствари посебно оправдава регулатива ДЦФР-а, којом се ретенција одређује као принудна „суперпривилегија“, чиме су интереси ретинента максимално заштитићени, мада донекле науштрб: а) права првенственог намирења свих осталих (а добровољно) обезбеђених поверилаца (који нису могли рачунати на

²⁰⁹⁶ У домаћој доктрини је један аутор, квалификујући правну природу закупа, утврдио да је најцелисходније правну природу комплексних института одређивати према тзв. „*преовлађујућем елементу*“ у датом чињеничном скупу, те на тај начин одредити да ли је једно субјективно право стварно или облигационо. Видети: М., Орлић, *Правна природа закупа*, стр. 511-514.

накнадни настанак ретенције на истој ствари) и б) науштрб правне сигурности. Ово је у извесном смислу учињено и најновијим законским изменама у француском праву, на основу којих право ретенције посредним путем може постати и - право првенствене наплате из цене остварене продајом ретиниране ствари и то испред осталих обезбеђених поверилаца.

5. *Предлог квалификације правне природе ретенције.* Најадекватније доктринарно одређење ретенције, које уједно указује на њену јединственост у систему грађанског права, по нашој оцени је: „*могућност континуираног самообезбеђења*“. Овом формулацијом је, по нашем мишљењу, најпрецизније одређена сврха ретенције, а истовремено и техника њене реализације. Она указује на виши родни појам (*genus proximum*) ретенције, а то је право реалног обезбеђења потраживања, као и на врсту разлику (*differentia specifica*), а то је начин њеног вршења - самозаштита.

На овај начин, спајањем својстава права реалног обезбеђења и самозаштите, могуће је конструисати оригиналну квалификацију ретенције, која најбоље одражава њену специфичну правну природу, а то је: ***ауентично право реалног самообезбеђења***. За разлику од осталих права из ове групе, ретенција не настаје на темељу воље обавезног лица, већ непосредно на основу закона у ужем смислу; и управо због тога (што настаје против воље лица чију имовинску сферу погађа), она није нормирана као потпуно обликовано стварно право (недостаје јој право следовања), већ као *непотпуно, крње* стварно право. Начин на који се реализује је особен – као самозаштита, што је њена главна особеност, по којој се лако разликује од уговорног заложног права. Наиме, ретенција је опште право, које може обезбедити свако потраживање законом одређених квалитета, за разлику од класичне законске залог, која заштићује таксативно одређена потраживања и то тачно одређених субјеката, што ретенцију чини правом са подједнако интензивним дејством, али - ширег спектра. Стога, реч је о особеном стварном праву, које треба да чини део *numerus clausus-a* стварних права у српском праву *de lege ferenda*, уз залог, као слично право реалног обезбеђења.

4. Које врсте ретенције треба да постоје у српском праву *de lege ferenda*?

1. Основна подела ретенције је на *општу и посебну*, при чему је *општа* правило и треба као таква да постоји у домаћем праву. Њена дефиниција би, по нашем мишљењу, требало да гласи: *Ретенција* је законско реално право обезбеђења које

овлашћује повериоца да покретну или непокретну ствар свог дужника, која у његовој државини није против дужникове воље *задржава* све док му одређено, доспело, утуживо потраживање не намири; односно да то потраживање *намири* из њене вредности ако дужник то не учини, пре необезбеђених и поверилаца чије је потраживање настало касније.

Посебни облици ретенције би били они који не испуњавају неки од претходно наведених општих услова за настанак ретенције. Они би били признати у оквиру конкретних грађанскоправних односа, попут већ постојећих посебних модалитета, као што су: ретенција савесног држаоца туђе ствари; ретенција угоститеља и код неправне оставе. Осим ових постојећих врста, чије нормирање оцењујемо као корисну допуну опште регулативе ретенције и убудуће, предлажемо и увођење следећих посебних врста ретенције *de lege ferenda*: а) ретенција савесног налазача туђе ствари; и б) пословође без налога. За случај ухваћене животиње могуће је *de lege ferenda* предвидети и ретенцију као право реалног обезбеђења, мада је можда ипак сврсисходније решење – конституисање законског заложног права, будући да залога није зависна од државине ствари (за разлику од ретенције), чиме су интереси повериоца свеобухватније заштићени.

У два претходно наведена случаја ретенције недостаје неки од услова за настанак ретенције према општем правилу. Ипак, питање је да ли ове посебне модалитете треба регулисати као право које се може реализовати - продајом и намирењем (као квалификовану ретенцију), будући да је реч о изузецима од општег правила о ретенцији. Са друге стране, ово су случајеви материјалног конекситета (као правне везе између задржаване ствари и потраживања трошкова „инкорпорисаних у њој“), за који се и у упоредном праву (чак и у НГЗ), сматра да изузетно легитимизује снажније дејство ретенције (за разлику од случајева правног конекситета). У свим овим случајевима је реч о: покретним, по правилу и уновчивим стварима, за које је ретенцији практично признат крајњи ефекат, а то је реализација намирења ретинента из цене остварене продајом ретиниране ствари. Стога сматрамо да би у овим посебним случајевима, ретенцији такође требало признати ширу садржину.

2. Друго питање је какав треба да буде однос *квалификоване и обичне* ретенције у домаћем праву *de lege ferenda*. Ретенција традиционално има улогу средства притиска на неуредног дужника, а њена генеза у упоредном праву указује на еволуцију овог средства заштите права до реалног права обезбеђења потраживања, а не на «деформисање физиономије института». То је разлог што домаћа, регулативе из нашег

окружења (бивше чланице СФРЈ), швајцарска, као и немачка трговачка и аустријска трговачка регулатива, регулишу ретенцију као: право задржавања и намирења. Овакав тренд потврђује и решење ДЦФР-а, у ком је такође регулисана квалификована ретенција, што све указује на тенденцију ширења њене садржине и јачања дејства.

Квалификована ретенција (са богатијом садржином – задржавање и намирење) као и досад у домаћем праву треба свакако да постоји, а мишљења смо да би требало размислити и о увођењу још једне врсте, обичне ретенције (само задржавање) – ако желимо да проширимо круг објеката ретенције и на неуновчиве ствари. Оваквим решењем би се допринело тренду омогућавања што ширег заснивања ретенције у пракси, у циљу што свеобухватније заштите интереса повериоца-ретинента.

3. Треће питање је да ли *нужна* ретенција треба да постоји уз *редовну*? Наше мишљење је да је ова подела ретенције (која је изведена према критеријуму доспелости потраживања, као услова за заснивање права задржавања) значајна и да треба уз редовну ретенцију - као правило; регулисати и *нужну* - као изузетак. Сматрамо да у случајеве инсолвентности дужника, који оправдавају ретенцију изузетно и код недоследног потраживања, треба уврстити следеће: стечај; безуспешно извршење над дужниковом имовином; и обуставу плаћања. Неспособност дужника за плаћање у сваком случају треба да буде: очигледна и трајнијег карактера.

4. Четврто питање је да ли по узору на упоредно право делити ретенцију на *стварноправну* и *облигационоправну*. Ретенција у домаћем позитивном праву је стварноправна (између осталог и зато што за предмет има ствар) и она, као правило, треба да постоји и убудуће. Што се тиче увођења још једне врсте ретенције – облигационоправне, можда би то било сврсисходно, будући да она за свој предмет има чинидбе, тј. потраживања, па је онда предмет ретенције максимално проширен – што је у складу са општом тенденцијом у Европи.

Уједно, овим смо потврдили важност разликовања *ретенције у ужем и у ширем смислу* (*што је једна од подела разматраних у раду*), према критеријуму да ли се као објекат ретенције одређује ствар или чинидба. Прва врста у упоредном праву представља правило, а друга је изузетак – типичан за немачко право, а односи се на задржавање сопствене чинидбе до момента испуњења противчинидбе од стране противника (дужника). Ретенција у ширем смислу има за објекат чинидбу, а не ствар, те није блиска концепту ретенције какав сада следи домаће право, али због свега претходно наведеног - јесте могућа допуна предлога будућег решења.

Сматрамо да треба дозволити и ретенцију непокретности као квалификовану, стварноправну, а технику намирења ретинента треба посебно уредити. Али, не можемо се сложити са ставом дела доктрине да је ретенција непокретности, као и ретенција чинидбе - облигационоправног карактера, само зато што нема овлашћење намирења. Наиме, прва је стварноправна, а друга облигационоправна, али не због своје садржине, већ пре свега због различитог предмета (ствар или чинидба).

5. *Пето питање* је значај разликовања законске и уговорне ретенције. На основу решења различитих држава из узорка можемо закључити да је законска ретенција – правило, а уговорна најчешће нерегулисани случај (а ретко регулисан изузетак, као у ДЦФР), који би у будућем домаћем пропису, по нашем мишљењу требало: изричито нормирати и прецизирати њен однос са законском. Као границе слободе уговорања ретенције *de lege ferenda* сматрамо да би требало одредити: императивне законске одредбе; јавни поредак и начело савесности и поштења (иако то већ произлази из општих ограничења слободе уговарања у ЗОО).

6. *Шесто питање* је да ли је потребно и у домаћем праву разликовати класичну ретенцију и тзв. *pignus gordianum*. Наиме, реч је о подели према критеријуму: да ли ретенција ствари настаје примарно или се надовезује на претходно засновано уговорно заложно право. Сматрамо да је друга наведена врста ретенције ипак особеност француског и италијанског права, која су доследни поштоваоци римске традиције, из које потиче овај институт, те да овакво разликовање није у духу домаће правне традиције, нити би имало практичан значај у домаћим условима.

7. *Седмо питање* је да ли је оправдано поред материјализоване уводити и тзв. дематеријализовану ретенцију, коју познаје француско право. Сматрамо да је овде заправо реч о две паралелне врсте дематеријализације: а) «дематеријализација ствари» - као објекта ретенције (замена ствари – правом, као објектом); и 2) дематеријализација *поседа* материјалне ствари (изостанак ефективног *поседа* ствари). Иако су ово савремене тенденције у развоју ретенције у појединим регулативама, сматрамо да је традиционална база института континенталне ретенције управо *државина материјалне ствари*. Ретенција је одувек представљала државинско право обезбеђења, што по нашој оцени – треба и убудуће да остане.

8. *Осмо питање* тиче се осталих врста ретенције анализираних у раду, као што су: судска и вансудска; материјална и формална. Сматрамо да разликовање ових врста има претежно доктринарни значај, будући да је реч или о начину вршења ретенције (у судском поступку или ван њега); или да је реч о различитим угловима посматрања

ретенције: као права или процесног средства (инструмента којим се право ретенције реализује).

5. Да ли постоји потреба за различитом регулативом ретенције грађанског и трговачког права?

A. Питање садржине грађанске и трговачке ретенције de lege ferenda. Једна од најзначајнијих подела ретенције које смо претходно разматрали у раду је подела на грађанску и трговачку, према сфери правног промета у којој се ретенција врши, тј. према професији повериоца-ретинента. Разлог што ћемо закључке о сврсисходности ове поделе изложити засебно и детаљније у односу на друге, је чињеница да је о овој проблематици могуће извести два различита закључка, уз одговарајућу аргументацију, што ћемо и образложити.

1. Аргументи за различиту регулативу грађанске и трговачке ретенције. Први могући правац размишљања је различито регулисање грађанске и трговачке ретенције, уз образложење да постоје специфичности трговачког промета у односу на грађански, као што су неупоредиво већа брзина и учесталост одвијања. Тако, разлог који би можда могао оправдати ужи домашај ретенције грађанског права је тај што трговац статистички чешће има својство повериоца него нетрговац. Мада, чињеница је да је то углавном превазиђен концепт, јер је поверилац – поверилац и има увек исти интерес: да своје доспело, неизмирено потраживање намири.

Прихватање идеје различите регулативе грађанске и трговачке ретенције у будућем праву значило би да разлика постоји пре свега у садржини: грађанска ретенција би садржала само овлашћење задржавања, а трговачка и намирење; грађанска ретенција била би одраз *ius retentionis* из римског права, а трговачка - тековина савременог доба; прва би оличавала традиционално средство самозаштите, а друга „деформисано“ право задржавања, настало током еволуције института, проширивањем садржине и појачавањем примарно признатог дејства; обе би биле стварно право, али прва – без могућности намирења (средство притиска), а друга - стварно право обезбеђења потраживања, које ретиненту омогућава и преференцијално намирење из вредности ретиниране ствари (средство намирења). Тако би првобитно признати изузетак (трговачка ретенција) у пракси надјачао правило (грађанску ретенцију): што признатим ефектом, што учесталосту заснивања у пракси, што подобношћу да задовољи правно-економске интересе странака у привреди.

У упоредном праву су немачко и аустријско решење типични представници одвојене регулативе грађанске и трговачке ретенције. Наиме, немачка трговачка ретенција, за разлику од обичног права задржавања из НГЗ, представља особени модалитет ретенције шире садржине, који трговцима омогућава лако и брзо намирење. Ово право је искључиво привилегија ретинента-трговца, док ретинент-нетрговац у немачком концепту ретенције остаје ускраћен за ефикасно средство намирења, чак и када је у питању уновчива покретна ствар, што не сматрамо оптималним решењем.

Немачко решење у општој цивилној ретенцији ствари - никада не препознаје могућност намирења и приближавања концепту трговачке (која омогућава *ius distrahendi*). Чини нам се да је ово последица усвојеног концепта строго облигационоправне природе ретенције у немачком праву, који негира било какав стварноправни карактер овом институту. Ово сматрамо теоријским и идеолошким предубеђењем, које није целисходно у свим ситуацијама у пракси, а свакако није усклађено са другачијим тенденцијама израженим у ДЦФР-у, који оличава хармонизовано решење на наднационалном нивоу.

Мана овог концепта је у следећем: упркос потенцијално различитим интересним сферама, могуће је преклапање интереса ретинента трговца и нетрговца. Тада, ако нетрговац већ има у поседу прикладну, уновчиву ствар која омогућава намирење (а утолико пре у ситуацији постојања конекситета, што је услов у НГЗ), чини се да нема разлога не „деформисати“ још једном традиционалну грађанску ретенцију и појачати њено дејство до ефекта намирења, који садржи швајцарски *Retentionsrecht*. Ово би значило изузетну могућност намирења ретинента-нетрговца из вредности задржаног, у ситуацији испуњених свих законских услова.

Дакле, концепт НГЗ, очигледно «тражи» допуну – у смислу омогућавања намирења ретинента, под условом да он задржава уновчиву ствар. То даље значи да није оправдано ускраћивати право намирења ретинентима-нетрговцима, већ да конкретно задржани објекат (уновчива или неуновчива ствар) може и треба да одреди садржину ретенције која ће постојати у датом случају. Прецизније речено, ретенција би могла бити стварноправна и квалификована (по правилу) или пак, обична (ако је реч о неуновчивој ствари).

Нама се чини да нема довољно убедљивих аргумената да професија ретинента треба да утиче на садржину ретенције, будући да и грађански промет има потребу за оваквим специфичним инструментом заштите угроженог потраживања. Ипак, његова заокруженост у коначним ефектима (додавање овлашћења намирења), *не мора уједно*

да значи и једнаку доступност заинтересованим субјектима. Суштинска разлика између ових модалитета ретенције и у таквом концепту је у томе што је трговачка: - *право задржавања које је безизузетно у функцији намирења*; а грађанска - *право задржавања, са могућношћу условног и евентуалног намирења*.

Различита садржина ретенције у овим двама сферама промета јесте могући правац размишљања, који има своју аргументацију, али и очигледних мана, због чега нам се чини целисходнијим решењем – не разликовати грађанску ретенцију од трговачке према садржини, јер сваки поверилац, независно од професије – претендује на намирење, што је и логично, јер се тиме његови интереси свеобухватније штите.

2. *Аргументи у прилог идентичне регулативе грађанске и трговачке ретенције.* С обзиром да је трговачка ретенција у упоредном праву и у нашем некадашњем, по правилу – квалификована по својој садржини, питање би се svelo на то: да ли грађанску ретенцију треба редуковати на обичну код нас убудуће, јер она може бити и обична и квалификована – зависно од државе (а код нас је она и у позитивном праву квалификована).

Сматрамо да би одговор требало да буде негативан, са образложењем да поверилац увек има исти интерес - да обезбеди своје потраживање и лакше га и сигурније намири независно од тога којом се професијом бави, тј. независно да ли је трговац или није. Због тога је оправдана тенденција швајцарске; домаће (позитивне, као и предлога будуће регулативе); као и бројних нових регулатива (па и ДЦФР-а), које не праве ову разлику и јединствено уређују ретенцију у обема сферама промета и то са широм садржином – као квалификовану.

Прва хипотеза (о оправданости различите регулативе ретенције с обзиром на професију ретинента) се, по нашој оцени, није довољно потврдила, па се као најадекватније намеће супротно решење, оно које је уједно у складу са домаћом правном традицијом, која постоји од 1978., када је у ЗОО регулисана квалификована ретенција на исти начин за трговце и нетрговце.

Коначно, чињеница да се у ДЦФР-у не прави разлика између ретенције трговца и нетрговца, у складу је са савременим тенденцијама јединственог регулисања овог права обезбеђења. Квалификовани модел ретенције је параметар дејства овог института и у привредној и у цивилној правној сфери, уз извесне разлике у реализацији овог права, начину дозвољене продаје ретиниране ствари и др. Ретинент-поверилац, који је у ДЦФР-у означен општим називом: *security provider*, може бити трговац или нетрговац.

Овакво решење је, чини се, последица свеопште комерцијализације савременог грађанског права (националног и међународног).

На основу свега претходно наведеног, јасно је да је очигледна тенденција у Европи, а и шире – ојачање *јединствене* ретенције на свим пољима: богатијом садржином; ширим објектом; једноставнијим и малобројнијим условима заснивања; ширењем круга субјеката; и приоритетом у намирењу. Дакле, циљ није сузбијање ретенције, већ што лакша и шира примена, што сматрамо „правцем будућности“ у еволуцији овог института.

Б. Питање конекситета код грађанске и трговачке ретенције. Следеће питање је да ли треба поштрити услове за неку од ових врста ретенције, пре свега за грађанску – за шта има примера у упоредном праву. Ово је такође питање које је различито регулисано у државама из нашег узорка, а којим се директно утиче на домашај заснивања ретенције у пракси.

Идеја да заснивање грађанске ретенције треба „отежати“ увођењем услова конекситета полази од схватања да потребе грађанског промета нису идентичне потребама трговачког, што је пре свега одлика немачког и аустријског законског решења, као и схватања тамошње доктрине.

Нама се ипак чини да ретенција треба да буде јединствено регулисана за све повериоце независно од професије и то не само са тенденцијом проширења садржине са обичне на квалификовану, већ и са тенденцијом олакшања услова заснивања. То значи дозвољено заснивање ретенције на најширем кругу ствари, дакле без услова конекситета. Ово би, по нашем мишљењу, требало да буде водеће опредељење при регулисању ретенције *de lege ferenda*, што затим треба и потврдити при дефинисању сваког услова за њен настанак.

В. Редослед намирења (ранг) титулара грађанске и трговачке ретенције de lege ferenda. Дејство ретенције би требало да оличава *низ могућих сукцесивних избора повериоца-ретинента*, који варирају у зависности од скупа околности конкретног случаја. Ипак, изгледа да проблем тих „избора ретинента“ настаје у другом моделу регулатива (где спада и домаћа). Конкретно, решење ДЦФР-а сваком ретиненту (дакле и нетрговцу) обезбеђује првенство, чак и пред раније насталим правима реалног обезбеђења (противно правилу о одређивању ранга права реалног обезбеђења потраживања у грађанском праву).

На овај начин, признати ефекат ретенције ипак нарушава временски принцип рангирања стварних права (*prior tempore...*) и узрокује принудно „померање“ редоследа

намирења поверилаца на истој ствари. Можемо закључити да је ово решење; као и нова регулатива ретенције француског права потврда повезаности ретенције са законским заложним правом, које ДЦФР оправдано назива *суперпривилегијом*.

Нама се чини да је овакво решење *врхунац еволуције* права ретенције, као најдоследније спроведене идеје: *безизузетног неиздавања ствари до коначног намирења сопственог потраживања*. Она би се као таква могла супроставити сваком лицу и условила би, у сваком поједином случају, неометано преференцијално намирење ретинента, реметећи редослед намирења свих осталих реално обезбеђених (а утолико пре и хирограферних) поверилаца, што је очигледно правац будућности у развоју ретенције.

6. Под којим условима треба дозволити заснивање ретенције у српском праву *de lege ferenda*?

С обзиром да смо претходно потврдили сврсисходност постојања ретенције и у будућем српском праву, потребно је формулисати модел оптималне будуће регулативе, којом ће се сразмерно заштитити: а) појединачни интереси учесника у овом грађанскоправном односу (повериоца и дужника) и б) општи друштвени интереси. Ово питање је од суштинског значаја будући да је меру адекватног домањаја ретенције управо могуће контролисати прописивањем лакших, односно строжих услова за њено конституисање.

1. *Општи услови за заснивање ретенције. Позитивни (објективни) општи услови sine qua non* настанка ретенције (и грађанског и трговачког права) су: 1) *потраживање одговарајућих својстава*; 2) *ствар одговарајућих својстава, као објекат*; и 3) *државина ствари*, као објекта ретенције.

У појединим регулативама као два додатна позитивна услова за заснивање ретенције наводе се и: 1) *прикладан противзахтев* противника ретенције, означен и као услов *узајамности* (тј. реципроцитета); и 2) *конекситет*. Међутим, ова два елемента су можда адекватна за поједине стране регулативе, али по нашој оцени, не нужно и за будуће српско право, које има другачију правну традицију.

Осим ових позитивних услова, по нашем мишљењу, неопходан је и један негативан, тзв. субјективан услов, а то је да: ретенција у конкретном случају није искључена вољом повериоца. Наиме, *воља* повериоца - је кључни услов настанка ретенције, као што је и кључни услов њеног вршења, те без ње ретенција не може

настати, без обзира на постојање свих осталих, тзв. објективних услова у законом одређеном чињеничном скупу.

1.1. Потраживање одговарајућих квалитета. Обезбеђено потраживање представља главно право и разлог конституисања ретенције као акцесорног. Међутим, да би било прикладно за обезбеђење ретенцијом, потраживање мора да поседује кумулативно следеће квалитете: да постоји; да буде пуноважно; довољно одређено или макар одредиво; доспело (са само једним изузетком - нужна ретенција); утуживо (дакле, не натурално; али може бити застарело, под условом да је застарелост наступила тек након заснивања ретенције на ствари); коначно, потраживање мора бити неизмирено, да би конституисање ретенције било смислено. Са друге стране, сматрамо да потраживање не мора бити: ликвидно; извесно; новчано; краткотрајно (једнократно) или сличних квалитета предлаганих у доктрини.

1.2. Ствар одговарајућих квалитета. Објекат права задржавања у упоредном праву може бити телесна ствар, али и шире: чинидба (као изузетак од правила).

А. Анализирајући *врсте ствари* као објекте ретенције пошли смо од поделе ствари на покретне и непокретне. Покретне ствари, као потенцијални објекат ретенције, могу се поделити у три групе: 1) оне које *не могу бити објекат ретенције* (ван правног промета, нпр. лична документа, делови људског тела и др; затим, збир ствари и будуће ствари); 2) оне које *могу* бити објекат ретенције *уз неке додатне услове* (генеричке ствари, као што је новац, уз услов индивидуализације; хартије од вредности, уз услов да су материјализоване; потрошне и заменљиве ствари, уз услов да нису кварљиве); и 3) покретне ствари које *могу* бити објекат ретенције (све остале покретне ствари, које не спадају у претходне две групе у тзв. некомерцијалном концепту објекта ретенције; док је у регулативама тзв. комерцијалног концепта објекта ретенције додатни услов ретенције – уновчивост покретне ствари).

Домаће решење квалификоване ретенције (са правом намирања) подразумева комерцијални објекат, а то је уновчива покретна ствар, а мишљења смо да је сврсисходно проширити објекат ретенције *de lege ferenda* – на све покретне ствари (као у државама са некомерцијалним концептом). Ово решење би значило само проширење објекта ретенције у односу на сада важећи концепт, а врста предмета ће извршити повратни утицај и одредити могућност коришћења целине или дела садржине права (само задржавање или задржавање и намирање). Коначно, решење би могло бити у увођењу посебног облика ретенције редуковане садржине (само задржавање без

намирења), са ширим објектом у односу на општу стварноправну ретенцију (са правом намирења), по узору на швајцарско решење.

Ratio признавања задржавања уновчивих ствари је следећи: зашто повериоцу доспелог, ненамиреног потраживања законом *a priori* ускратити могућност вршења ретенције (што је тренутно случај), ако већ има у рукама дужникову ствар чијим би задржавањем могао да оствари жељени притисак и издејствује извршење дуговане престације? Поседовање оваквог предмета и одбијање његовог издавања може понекад у пракси бити и ефикасније од ретенције уновчивих ствари, под условом да су аспирације ретинента тиме задовољене.

Стога, решење видимо у постојању две различите врсте ретенције, са ужом и широм садржином: 1) обична (само задржавање) и 2) квалификована (задржавање плус намирење). Објекат нове врсте ретенције, тзв. обичне ретенције могле би бити све ствари, па и оне које се не могу изложити продаји, јер су подобне за вршење притиска на дужника, што може бити једини и коначан циљ ретинента. Друга врста ретенције би била већ постојећа, квалификована ретенција чију садржину чине два овлашћења: задржавање и намирење, а да би она уследила – објекат је логично, редукован на уновчиве ствари. Ретинент који ствар не задржава само ради притиска, већ и у циљу намирења, има више аспирације: он у ретенцији препознаје праву реалну гаранцију на ствари, која очигледно мора бити подобна за уновчење. Оваква ретенција одговара стварноправној ретенцији ШГЗ и представља једно право стварног обезбеђења потраживања, чији је коначан ефекат – престанак својине дужника на ствари, као последица намирења повериоца (што је циљ ретенције).

Анализирајући *непокретне ствари* као објекат ретенције у упоредном праву, у раду смо издвојили два основна модела регулатива: 1) онај који забрањује ретенцију непокретности у општем правилу (решење ШГЗ); и 2) онај који дозвољава ретенцију непокретности. Овај други наведени модел могуће је поделити на следеће подврсте: а) регулативе које нормирају *садржински неограничену* ретенцију непокретности и б) оне са *садржински ограниченом ретенцијом непокретности*.

У домаћем праву постоје различита тумачења чл. 286 ЗОО *de lege lata* у домаћој доктрини и судској пракси, упркос јасноћи језичког израза: «нека дужникова ствар», који по нашој оцени, означава сваку ствар – како покретну, тако и непокретну. Стога, сматрамо неадекватним тумачења по којима је ретенција непокретности забрањена у домаћем праву, као и садржински ограничена, јер норма ЗОО дословно омогућава подједнако ретенцију обе категорије ствари и то као квалификовану.

На основу свих претходних закључака, предлог објекта ретенције *de lege ferenda* могуће је формулисати на један од три начина: 1) забрана ретенције непокретности, што сматрамо најнеадекватнијим решење; 2) ограничена ретенција непокретности (само задржавање, без намирења), што сматрамо могућим решењем (које је предложено у Нацрту из 2011.); а 3) неограничена ретенција непокретности (задржавање и намирење, исто као и за покретне ствари), која је уједно садржана у Преднацрту ГЗС, што можемо оценити као најадекватније решење за српско будуће право. Тако, ретенција би убудуће требало да омогућава *задржавање свих ствари (дакле и непокретних)*, уз могућност намирења. Тиме се круг потенцијалних објеката ретенције оправдано проширује, по узору на решења већине европских регулатива. *Ratio* оваквог решења је потпунија и правичнија заштита интереса ретинената свих категорија ствари. Осим тога, овакво решење било би наставак традиције из ЗОО (од 1978. год.), затим, садржина признатог института била би јединствена, шира, а интереси повериоца неупоредиво ефикасније обезбеђени. Ипак, у циљу превенције евентуалних недоумица у доктрини и пракси убудуће, залажемо се за прецизније одређење објекта ретенције, као: *неке дужникове покретне или непокретне ствари*.

Б. Искључење појединих ствари као објекта ретенције. У хипотези задржавања квалификоване ретенције и у будућем српском праву, сматрамо најадекватнијом следећу стилизацију ове законске одредбе: Поверилац не може задржати ствари: 1) *чије је ретинирање супротно* јавном поретку (по узору на решење ШГЗ); као и 2) ствари које се не могу изложити продаји (*незаплењиве и непроценљиве*). У свим наведеним ситуацијама реч је о *немогућности продаје ствари* због неког од претходно наведених разлога. Досадашње законско набрајање *exempli causa* тада постаје непотребно; недоследни критеријум разликовања је изостављен; норма сажетија, јаснија, а ипак довољно прецизна и разграничавајућа. Тиме би се подвукао коначни циљ ретенције, а то је реализација обезбеђеног потраживања из износа новца оствареног продајом задржане ствари.

Преглед забрана ретенције у упоредном праву указује на доминантно елиминисање ретенције и у ситуацијама: *посебно датог налога за поступање са предатим стварима* (швајцарско решење). Решења ШГЗ и НГЗ су, по нашем мишљењу, адекватнија будући да једном општом нормом искључују ретенцију ствари увек када је задржавање противно налогу дужника. На овај начин је препуштено судској пракси да у сваком конкретном случају оцени, да ли је ретенција оправдана и да ли је евентуално противна посебном налогу дужника за поступање са ствари.

Тако, ни један правни однос није *a priori* елиминисан као основ неподобан за ретинирање, чиме су сви повериоци доведени у једнак правни положај, а ретенција је свим категоријама поверилаца учињена подједнако доступном. Једини меродаван критеријум за забрану ретенције у конкретном случају је задржавање ствари у ситуацији када је то противно посебном налогу дужника.

В. *Треће питање* које се тиче ствари, као услова ретенције је *проблематика својине* на ретинираној ствари. Компарација различитих решења указује на три приступа која постоје у упоредном праву, а по којима власник ретиниране ствари може бити: 1) дужник из главног облигационог односа (што је правило); а изузетно и 2) треће лице (које није дужник); и 3) поверилац-ретинент. Мишљења смо, да у случају када је ствар дужникова, могуће ју је ретинирати и када је она у *сусвојини* (било да је ретинент треће лице или један од сувласника), при чему предмет ретенције може бити сусвојински удео.

Када је у питању ретенција *ствари у заједничкој својини* као спорно видимо непостојање одређеног удела заједничара који би био предмет ретенције и начело специјалитета, које је препрека за ретенцију оваквог објекта. Ипак, код једног модалитета заједничке својине ретенцију сматрамо могућом, а то је тзв. наследничка ретенција. Санаследницима (као посебној категорији савесних држалаца туђе ствари) је у упоредном праву (у ИГЗ и у ФГЗ) изричито призната ретенција посебне врсте, за чије се увођење у домаћем праву и ми залажемо. Њена особеност је да су *удели ових заједничара већ одређени и познати*, па важи режим као код сусвојине, тј. објекат ретенције постоји (није у питању будући, већ постојећи удео).

Ретенција на *стварима у својини трећих* лица у већини држава није регулисана (као ни у домаћој), дакле, постоји правна празнина, која се евентуално попуњава аналогијом са сродним стварним правима, са стицањем залогe од невласника. Швајцарско решење можемо оценити као најбоље, будући да је у ШГЗ изричито дозвољен овај начин стицања ретенције, што уједно и предлажемо за будуће српско право, уз могућност стицања ретенције одржајем, као и уз пристанак трећег лица.

Када је у питању *ретенција своје ствари*, сматрамо да је овакав концепт прихватљив у државама са обичном ретенцијом, али да у државама са квалификованом (као што је наша), могућност ретенције своје ствари није у духу института коме је примарни циљ намирење из вредности задржаног.

Г. *Чинидба као објекат ретенције de lege ferenda*. У циљу проширења објекта ретенције са ствари и на чинидбу, предлажемо као узор решења ШЗО и НГЗ, која

познају тзв. облигациону ретенцију чинидбе (уз ретенцију ствари), садржински редуковану на задржавање. Предност овог решења је максимално проширење круга могућих објеката грађанске ретенције и омогућавање да објекат ретенције буде било шта што се може задржати и тако постати средство дозвољене самозаштите. Ипак, чињеница је да само својина садржи и овлашћење државине ствари, а потраживање нема, па је код «задржавање чинидбе», као објекта потраживања, заправо реч о неиспуњењу чинидбе, а не о задржавању у државинском смислу речи. Том својеврсном ретенцијом чинидбе била би попуњена правна празнина: задржавање чинидбе у оним ситуацијама које нису покривене приговором неиспуњеног уговора, нити институтом ретенције ствари (јер није у питању ствар, већ чинидба).

Притом је можда могућа и модификација оваквог института, које би се садржински могао и „ојачати“ - додавањем права намирења из вредности ретиниране чинидбе (иако би то значило сужавање круга чинидби такве ретенције, као што је и круг ствари - на уновчиве). То би и даље била облигациона ретенција због објекта, а могла би бити двојака према својој садржини: обична или квалификована.

1.3. Државина ствари. Иако је увођење тзв. фиктивне ретенције иновативно решење, које сугерише потенцијално нови правац развоја ретенције у упоредном грађанском праву, барем за сада нам се такав предлог чини неприхватљивим, готово револуционарним, будући да одступа од базе института ретенције не само у домаћем, већ и у доминантном моделу ретенције у упоредном праву. Сматрамо да је у ситуацији где је важност поседа (физичке апрехензије) ствари релативизирана у оквиру многих института савременог стварног права, ретенција је потврда значаја правних последица државине ствари. Стога сматрамо да фиктивна ретенција није институт који би се уклопио у планирани систем будућег српског права реалног обезбеђења, нарочито у ситуацији где постоји низ бездржавинских права обезбеђења, која имају свој велики (чак и неупоредиво већи) домашај примене у пракси. Овај релативно мали домашај примене државинских обезбеђења потраживања јесте и треба да остане резервисан за особена средства заштите, попут ретенције, која је незамислива без фактичке власти на ствари.

А. Квалитети државине ретинента. Једно од питања које смо поставили у раду је: да ли је савесност титулара овог права - услов за ретенцију према општем правилу, тј. да ли је потребно да држалац верује да има право на ретенцију? Одговор је да: било ово лице савесно или не - оно јесте ретинент, ако испуњава законске услове и обрнуто. Са друге стране, када је у питању ретенција савесног држаоца који је изгубио

реивиндикациони спор – савесност обавезно фигурира као допунски услов овог посебног модалитета ретенције. Притом, код ове посебне ретенције (држаоца који је изгубио реивиндикациони спор), реч је о савесности држаоца не у смислу ретенције (да ли је знао да има право на државину у својству ретинента), већ у контексту друге врсте односа - реч је о савесности пре виндикације, а поводом питања права на ствари, дакле у тренутку стицања државине.

Што се законитости државине тиче, сматрамо да, у ситуацији у којој законодавац не прописује као услов пуноважног настанка ретенције - претходно постојање пуноважног правног основа, по основу ког је стечена државина ретиниране ствари, не треба тумачењем конструисати додатне услове, мимо постојећих у закону.

Ипак, ретенција је у многим регулативама искључена ако су одређени уговори правни основ предаје ствари повериоцу. Тако, позитивно српско право садржи забрану ретенције ствари датих: 1) на чување (у оставу) и 2) на послугу, али само ако дужник захтева повраћај тих ствари. Сматрамо да је у домаћој регулативи могуће унети извесне промене, а које се тичу елиминисања оставе са листе забрањених правних послова који претходе настанку ретенције. Тиме бисмо свеобухватније заштитили интересе повериоца и проширили домашај овог права обезбеђења у пракси, што је у складу са општом тенденцијом све ширег признавања ретенције у упоредном праву. Са друге стране, сматрамо да је корисно задржати забрану ретенције у случају претходно закљученог уговора о послужу, јер је у питању један специфичан правни однос, који није у складу са вршењем ретенције.

Начин прибављања државине. Посебно питање у вези са државином, као условом ретенције је *искључење ретенције због неадекватно заснованог поседа ствари*. Упоредним прегледом издвојили смо три различита решења: једина ситуација када ће ретенција према НГЗ бити забрањена је она када је поверилац ствар прибавио недозвољеном радњом и то не било којом, већ само оном скривљеном (умишљајном) радњом, не и нехатном. Немачко решење стога, омогућава најшири домашај ретенције, затим домаће, а најуже одређење садржи норма ШГЗ. Швајцарско решење је на једном полу, будући да максимално редукује могућност заснивања ретенције, чиме интерес повериоца није у довољној мери заштићен. Домаће решење пак, у довољној мери заштићује дужника од неправичних последица, а могућност конституисања ретенције је ширира него у ШГЗ (што је у интересу повериоца), а што по нашој оцени – решење домаћег позитивног права чини задовољавајућим. Осим тога, решења оба Нацрта

усвајају овакво решење – да ствар не сме бити у државини повериоца против воље дужника (власника ствари), што сматрамо адекватним.

Б. Могуће врсте државине. „Држање ствари у рукама“ се не може увек изједначити са непосредном државином, што је иначе у доктрини често заступљено схватање. Стога, ову формулацију ЗОО можемо оценити као нејасну, јер ствара забуну, због чега ју је потребно *de lege ferenda* прецизирати, на један од два начина. Наиме, могуће је: 1) увести термин – држалац, уместо садашњег – поверилац (као лице које држи ствар у рукама, што би се односило на све држаоце); или 2) термин - непосредни држалац, што је уже одређење, али и једноставније за примену.

Наш предлог за српско будуће право је измена постојеће формулације чл. 286 ЗОО („поверилац који има у рукама ствар...“) у: „поверилац који је *држалац ствари*“. Притом, други део постојеће формулације из ЗОО: „у рукама“ треба брисати, јер је у питању преуско одређење.

Коначно, када је у питању увођење могућности ретенције посредног држаоца (по узору на решење НГЗ), иако је оно начелно усклађено са општом тенденцијом ширег признавања ретенције, можда би у овом тренутку у домаћим условима било исувише „радикално“, а у сваком случају компликовано решење, због чега претходно предложено решење сматрамо адекватнијим.

1.4. Узајамност (реципроцитет). И када постоје сви претходно наведени услови за ретенцију, она се *не може вршити неусмерено*, већ против одређеног лица, које најчешће захтева повраћај задржаване ствари. Адекватан противзахтев тако може истаћи: власник задржане ствари, али и његов универзални или сингуларни сукцесор. Ипак, питање је: да ли је противзахтев дужника (за предају ствари) неопходан елемент за конституисање ретенције или само користан елемент за делотворнију реализацију ретенције? Наше је мишљење да се противзахтев пре тиче ефикасности ретенције (њеног вршења), него заснивања, тј. противзахтев само показује делотворност ретенције. Ипак, овај противзахтев не би требало да буде нужан услов заснивања, нарочито не код квалификоване ретенције, где следи намирење повериоца након обавештења дужника – хтео то дужник или не. Чак и код обичне ретенције противзахтев је само «повратна информација» да ли је ретенција у датом случају ефектна или не, па ће задржавање бити неуспешно. Дакле, ефекат ретенције је, по нашем схватању, могућ и без претходног истицања захтева лица са којим је поверилац у интересној колизији.

У вези са претходним је и питање обавештења дужника о ретенцији, као потенцијалног услова за њен настанак. Наиме, нема противзахтева без претходног сазнања дужника о задржавању. Ипак, сматрамо да овај услов не би требало постављати императивно, можда диспозитивно, у смислу да би било пожељно да поверилац обавести дужника о задржавању, јер то свакако „убрзава“ развој догађаја.

1.5. Конекситет као допунски услов за грађанску ретенцију де леге ференда. Услов конекситета, као потенцијално нови елемент у чињеничном скупу који би довео до настанка ретенције у будућем српском праву, претходно смо сумарно разматрали у контексту процене потребе за различитом регулативом грађанске и трговачке ретенције.

Тако смо утврдили да је могућа идеја о подвајању овог услова, из следећег разлога: чињеница је да трговац статистички чешће има својство повериоца него нетрговац. У том смислу би се могло размишљати да је оправдано да се ретиненту-трговцу олакша заснивање ретенције елиминацијом конекситета. Ипак, са друге стране, питање је колико је сврсисходно ретиненту-нетрговцу отежати заснивање ретенције (коју ионако ретко има прилику да врши) само зато што је ова ретенција ређа у пракси. Наш утисак је да је ово углавном превазиђен концепт, јер је поверилац – поверилац и има увек исти интерес, а то је да своје доспело, неизмирено потраживање намири.

Многи разлози говоре у прилог томе да све услове за настанак ретенције, па и овај услов за грађанску и трговачку ретенцију – не треба раздвајати, већ регулисати на јединствен начин у обема сферама промета. По нашем мишљењу, најцелисходније решење за будуће српско право подразумевало би одсуство услова конекситета за ретенцију уопште. Наиме, привредно-економски конекситет, као најшира правна веза између обезбеђеног потраживања и задржаване ствари, иако прикладно решење, по природи ствари било би применљиво само за трговачку ретенцију. А пошто је наше опредељење да трговачку и грађанску ретенцију треба јединствено регулисати, онда је и ова врста конекситета неприхватљива.

Ипак, можда је и најбоље решење оно које потпуно елиминише конекситет, јер је то у складу са: савременом тенденцијом максималног проширења домашаја ретенције - олакшавањем услова заснивања (а не отежавањем); са решењима нових закона, који овај услов не уводе; са домаћим позитивном правом (ЗОО); и коначно, у складу са решењем ДЦФР-а, са којим национално решење треба хармонизовати. Уз овакво правило, сматрамо да би било сврсисходно у будућем решењу регулисати и уговорени конекситет (тзв. конвенционалну ретенцију), као могућност за сауговараче, а

у циљу евентуалне додатне заштите интереса дужника (као ретенцијом погођене стране).

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ, ПРАВНИХ И ИНТЕРНЕТ ИЗВОРА

- ADLER, S., *et alia*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, zweiter halbband, Wien, 1934.
- AL CHIEKH RADHY, Y., Le Droit de rétention d'après les législations française et suisse., Lausanne, Impr. G. Conne, 1957.
- AJNŠPILER, G., Ugovori trgovinskog prava, Savremena praksa, Beograd, 2006.
- ANTIĆ, O., BALINOVAC, Z., Komentar zakona o nasleđivanju, Beograd, Nomos, 1996.
- ANTONMATTEI, P. H., Droit civil - contrats spéciaux, Paris, Litec, 1997.
- АРАНЂЕЛОВИЋ Д., Законско založno право davалаца под кирију и закуп, Бранич, свеске за мај, јун и јули, Београд, 1903.
- АРНТС РИТЕР од АРНЕСБЕРГА, Л., Пандекте или Данашње римско право, Књ. 3, Облигационо и založno право (по смрти пишчевој прерађивали Л. Пфаф и Ф. Хофман; превод Драгиша Т. Мијушковић), Краљевско српска државна штампарија, Београд, 1895.
- АУНЭС, А., *Le Droit de rétention : unité ou pluralité*, Paris, Economica, 2005.
- БАБИЋ, И., Основи имовинског права, Увод у грађанско право и стварно право, Службени гласник, Београд, 2008.
- БАБИЋ, И., Грађанско право, књ. 2, Стварно право, Београд – Нови Сад, 2012.
- ВАБИЋ, I., *et alia*, Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH., Sarajevo, 2014.
- ВАБИЋ, I., Založno право (Stvarnopravno obezbeđenje potraživanja), Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa, Novi Sad, 2005.
- ВАБИЋ, I., Pravo zadržavanja i njegova primena u ugovoru u ugostiteljskoj ostavi, Naša zakonitost, br. 5/87.
- ВАБИЋ, I., Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Sarajevo, 1985.
- ВАБИЋ, I., Založno право (Stvarnopravno obezbeđenje potraživanja), u: Primena novih zakona u oblasti privrede, pravosuđa i radnih odnosa, Pravo teorija i praksa, Novi Sad, 2005.
- BAILLY, A., Du droit de rétention légal a Rome et en France, Paris, 1892.
- BALESTRA, L., Commentario al Codice Civile, diretto da P. Cendon, Milano, Giuffrè editore, 2009.
- BANDRAC, M., CROCQ, P., Droit de retention, Nature juridique, Qualification de sûreté ou de garantie, Revue trimestrielle de droit civil, 1995/4.
- BARBA, A., Voce Ritenzione, in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1989.
- БАРТОШ, М., МАРКОВИЋ, Л., Грађанско право први део - Стварно право, Београд, 1936.
- БАРТОШ, М., АНТОНИЈЕВИЋ, З., ЈОВАНОВИЋ, В., Менично и чековно право, Београд, 1974.
- BARBA, A., Voce Ritenzione, in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1989.
- BASSENGE, P., DANCKEL, B., PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, München, 1986.
- BASKIND, E., OSBORNE, G., ROACH, L., Commercial Law, Second Edition, Oxford University Press, 2016.
- BASSO, P., Il diritto di ritenzione, Giuffrè Editore, 2010.
- BAUDRY, LACANTINERIE, G., Précis de droit civil, L' exposé des principes, Les questions de détail et les controverses, Paris, 1902.
- BAUDRY, LACANTINERIE, G., Traité théorique et pratique de droit civil, tom XXV, Paris, 1926.

- BAUMBACH, A., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II, Berlin, 1933.
- BAUMBACH, A., DUDEN, K., Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9., München und Berlin, 1959.
- BAUR, F., Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl., München, 1983.
- BAUR, F., STÜRNER, R., Lehrbuch des Sachenrecht, München, 1999.
- BEALE, J. H., Innkeepers and Hotels, London, 1906.
- BEALE, H., BRIDGE, M., GULLIFER, L., LOMNICKA, E., The Law of Security and Title-Based Financing, Oxford University Press, 2012.
- BÉNABENT, A., Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 4e éd., Paris, éd. Montchrestien, 1999.
- BERGEL, J. L., BRUSCHI, M., CIMAMONTI, S., Traité de droit civil. Les biens, Paris, 2000.
- BERGER, A., Fides, Enciclopedic dictionary of Roman law, Philadelphia, 1953.
- BERDEN, A., Stvarnopravni zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004.
- BIANCA, C. M., Dirritto Civile, La Proprietà, Milano, Giuffrè, 1999.
- BIANCA, C.M., Dirritto civile, Milano, 2012.
- BIGLIAZZI GERI, M., Profili sistematici dell' autotutela privata, Millano, Giuffrè, 1971.
- BIKIĆ, A., Obligaciono pravo opći dio, Sarajevo, 2004.
- BILBIJA, V., *Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu*, Pravo – teorija i praksa, br. 4-5/2011.
- BIRKS, P., *English private law*, Oxford, 2000.
- БЛАГОЈЕВИЋ, Б., Посебни део облигационог права, Београд, 1939.
- BLAGOJEVIĆ, B., KRULJ, V., Komentar zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, Beograd, 1983.
- BLACK, H. C., Black's Law Dictionary, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1968.
- BLUNCK, Die Bezeichnung der Gegenleistung bei der Verurteilung zur Leistung Zug um zug, NJW 1967.
- BÖCKER, M. H., Maitland Hudson, A., Longman Law, Tax and Finance, 1992.
- BONNECASE, J., Traité théorique et pratique de droit civil, supplément, tome V, Paris, 1930.
- BRANDER, O., Das Retentionsrecht, Zürich, 1933.
- BRANKOVIĆ, S., Pravo retencije, Pravosuđe – časopis za sudsku praksu, IV god., 1935.
- BREŽANSKI, J., Zakon o zakupu i prodaji poslovnog prostora, primjena u praksi, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1/2005, str. 38-40.
- BREUER, A., Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch, Inaugural-Dissertation, Bonn, 1904.
- BRKIĆ, J., *Domašaj načela oficijelnosti u založnom pravu Republike Srbije*, Pravna riječ, бр. 8/2011.
- BRUNETTI, G., Il Delitto Civile, Firenze, 1906.
- BUKLJAŠ, I., Subjekti i pravni poslovi unutrašnjeg i međunarodnog prometa, Zagreb, 1978.
- ВАСИЉЕВИЋ, М., Трговинско право (привредно право), Београд, 1995.
- VEDRIŠ, M., Osnove imovinskog prava, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, Zagreb, 2004.
- VEDRIŠ, M., KLARIĆ, P., Građansko pravo, Opći dio imovinskog prava, stvarno, obvezno i nasljedno pravo, Zagreb, 1976.
- VEDRIŠ, M., KLARIĆ, P., Građansko pravo, Zagreb, 2004.
- VIZNER, B., Građansko pravo u teoriji i praksi, Rijeka, 1969.
- VIZNER, B., Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Knjiga 2, 1978.

- ВИЗНЕР, Б., Коментар закона о основним власничкоправним односима, Загреб, 1980.
- VIZNER, B., Primjedbe na članak mr Jovana Gucunje o „Uslovima za vršenje prava zadržavanja prema zakonu o obligacionim odnosima“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, vol. 52, br. 1/1980.
- VIZNER, B., KAPOR, V., CARIĆ, S. Ugovori građanskog i privrednog prava, Rijeka, 1971.
- ВЛАДЕТИЋ, С., Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови, докторска дисертација, Београд, 2010.
- VODINELIĆ, V., *Konkretizovanje zabrane zloupotrebe prava*, „Zloupotreba prava“ Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996.
- VODINELIĆ, V., Čemu posesorni postupak, O razlogu posesorne zaštite državine, Pravni zapisi, God. IV, br. 2 (2013), Pravni fakultet Univerziteta Union.
- VODINELIĆ, V., Obligaciono-pravna zaštita ličnosti, Pravni život, 1/1989.
- VOLMER, M., Unterschied des kaufmännische Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes, Inaugural-Dissertation, Berlin, 1895.
- VON BAR, C., CLIVE, E., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Vol. 6, Munich, 2009.
- VREŃUR, R., *Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu*, Reform des Mobiliarsicherheitenrechts in Südosteuropa, Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Budapest, 2002.
- VREŃUR, R., “Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu” u: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen: Edition Temmen 2003.
- VREŃUR, R., *Zemljiški dolg*, Revizor: revija o reviziji, letn. 19, št. 2/2008.
- VUKADINOVIĆ, G., Temelji teorije zloupotrebe prava, „Zloupotreba prava“ Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996.
- VUKOVIĆ, M., Obvezno pravo II, Zagreb, 1964.
- VUKOVIĆ, M., Pravo trgovačke retencije, „Spomenica Mauroviću“, I, 1934.
- VUKOVIĆ, M., Građanski zakonik Austrije u: Pravila građanskih zakona, Zagreb, 1961.
- ВУКОТИЋ, Ј., Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре, докторска дисертација, Београд, 2012.
- GABERDIEL, H., *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 7 neu bearbeitete Aufl, Deutsche Sparkassen Verlag, Stuttgart, 2004.
- GABIUS, Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung, NJW, 1971.
- GAVELLA, N., BORIĆ, T., *Stvarno pravo u Hrvatskoj*, Več-Berlin, 2000.
- ГАМС, А., Основи стварног права, Београд, 1955.
- ГАМС, А., Основи стварног права, Београд, 1971.
- GAMS, A., *Osnovi stvarnog prava*, 8. izd., Beograd, 1980.
- ГАМС, А., Нешто о фидуцијарним правним пословима, Анали Правног факултета у Београду, 1-2/1960.
- GAVELLA, N., *et alia*, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
- GAVELLA, N., *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990.
- GAVELLA, N., *Založno pravo*, Zagreb, 1992.
- GAVELLA, N., *Uloga hipoteke u osiguranju vjerovnika i aktiviranju dužnikove imovine*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34, br. 7-8/95.

- GLASSON, E. D., *Du Droit d'accroissement entre co-héritiers et entre co-légataires, en droit romain. Droit de rétention, sous l'empire du Code Napoléon*, 1862.
- GARDANI, D. L., Voce Ritenzione, in *Digesto delle discipline privatistiche- sezione civile*, Torino, Utet, vol. III, 1998.
- ГОРАВИЦА, Б., Фидуцијарни пренос права својине, *Правни живот*, бр- 10/97.
- GRECO, F., Della proprietà, in *Commentario del Codice Civile*, Tirino, Utet, 1968.
- GSCHNITZER, F., *Sachenrecht*, Wien, 1968.
- GSCHNITZER, F., *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, Wien, 1965.
- ГЛИНТИЋ, М., *Максимална хипотека и њен однос са обезбеђујућим земљишним дугом у немачком праву*, Увод у право Немачке (*Einführung in das Deutsche recht*), Београд, 2011.
- GORLA, G., ZANELLI, P., Del pegno e delle ipoteche, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1992.
- GOSDIN, J. L., *Title Insurance: A comprehensive Overview*, 3. Edition, Section of Real Property, Probate and Trust Law, 2007.
- GUILLOUARD, L., *Traité de nantissement et du droit de rétention*, Paris, 1896.
- ГУЦУЊА, Ј., *Правна дејства права задржавања према закону о облигационим односима*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 11/1979.
- ГУЦУЊА, Ј., *Услови за вршење права задржавања према закону о облигационим односима*, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 9-10/ 1979.
- DABOVIK – ANASTASOVSKA, J., GAVRILOVIK, N., *Ličnopravni i stvarnopravni sredstva za obezbeđivanje na pobaruvanjata*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2008.
- D'AVANZO, W., Voce Ritenzioni (dirritto di), in *Novissimo Digesto*, Torino, Utet, 1969.
- DAGNINO, A., *Contributo allo studio dell' autotutela private*, Milano, Giuffré, 1983.
- DEŽMAN, A., *Zemljišni dug*, *Pravni život*, br. 10/2005.
- DE LA MATA MUÑOZ, A., *Typical Personal Security Rights in the EU*, Disertation, Mohr Siebeck, Hamburg, 2010.
- DELPECH, X., *Opposabilité du droit de rétention au sous-acquéreur de bonne foi*, *Actualité jurisprudentielle*, Dalloz, 2009.
- DE MARTINO, F., Della proprietà, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e BRANCA, G. Bologna, 1976.
- DEMELIUS, H., *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach o esterreichichen burgerlichen Recht*, Wien, 1897.
- DERRIDA, F., *Encyclopédie Dalloz de droit civil*, 1954.
- DERENČIN, M., *Tumač OGZ*, II, Zagreb, 1880.
- DEHN, W., *Das neue UGB*. 2. Auflage. Linde, Wien 2007.
- DI CASTRI, V., *The Law of Vendor and Purchaser*, The Carswell Company Ltd, Toronto, 1976.
- DYER, A., VAN LOON, H., *Report on trusts and analogous institutions*, Actes et documents, Proceedings of the fifteenth Session, Tome II, Trust applicable law and recognition, Hauge, 1985.
- DIKA, M., *Грађанско парнично право, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, IV. knjiga, Narodne novine, Zagreb, 2008.
- DOSKOTZ, E., *Faustpfand oder Registerpfand (Mobiliarhypothek) als moderne Pfandrechtsar an beweglichen Sachen*, diss. Erlangen, 1934.
- DROBNIG, U., Snijders, H., Zippro, E. J., *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market*, München, 2006.

- DROBNIG, U., Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren, *Rabels*, Z 44 Heft 4, 1980.
- DUSI, V., *Instituzioni di diritto civile*, II vol., Torino, 1940.
- ЂОРЂЕВИЋ, А, Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије, Посебни део, Београд, 1903.
- ЂОРЂЕВИЋ, А., О fiducijarnim правним пословима, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 5-6/1926.
- ЂУРОВИЋ, Лј., *Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine*, *Pravni život*, br. 10/1998.
- ЂУРЂИЋ, Т., *Фидуцијарни пренос права својине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, год. 45, бр. 2/2011.
- EGGER, A., SAMER, H., BERTEL, R., *Der Jahresabschluss nach dem Unternehmensgesetzbuch*. 12. Auflage. Band 1: Der Einzelabschluss, Linde, Wien 2008.
- ELEKES, N. A., *De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande*, Paris, 1929.
- ELLINGER, E. P., LOMNICKA, E., HARE, C., *Ellinger's Modern Banking Law*, 5th ed., *Oxford University Press*, 2011.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, W., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I bd., Tübingen, 1959.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, W., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, ed. 23-27, I-2, Marburg, 1927.
- EHRENZWEIG, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, VI Auflage, Erster Band, Zweite Hälfte: Das Sachenrecht, Manzsche Verlags - und Universitäts - Buchhandlung, Wien, 1923.
- EHRENZWEIG, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Allgemeiner Teil, Wien, 1925.
- ENNECCERUS, L., LEHMANN, H., *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1950.
- ENCIKLOPEDIJA IMOVINSKOG PRAVA I PRAVA UDRUŽENOG RADA, Tom drugi, Beograd, 1978.
- VAN ERP, J. H. M., SALOMONS, A. F., AKKERMANS, B., *The future of European property law*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2012.
- ESSER, J., *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960.
- ERNST, H., "Stvarnopravna osiguranja na nekretninama u Republici Hrvatskoj" in: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Cavtat 2010, Vol. II*, Beograd 2010.
- ЖИВКОВИЋ, М., Акцесорност заложних права на непокретности, Београд, 2010.
- ŽIVKOVIĆ, M., *O reformi realnih obezbeđenja u jugoslovenskom pravu*, Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, 2002.
- ЖИВКОВИЋ, М., *Стварнoprавна обезбеђења на непокретностима у Републици Србији*, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа - Прва регионална конференција, Цавтат, 2010.
- ЖИВКОВИЋ, М., *Хипотека и земљишни дуг*, Промене стварног права у Србији, Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи, Београд, 2004.
- ЖИВКОВИЋ, В., КНЕЖЕВИЋ, А., *Заложно право на покретним стварима*, Промене стварног права у Србији, Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи, Београд, 2004.
- ŽUVELA, M., *Pravo zadržanja*, *Pravo i porezi*, 2000/6.
- ŽUVELA, M., *Založno pravo i pravo retencije (zadržanja)*, *Informator*, br. 3367, 1986.
- ZUPANČIĆ, K., *Zakonita odgovornost hotelirjev za prinešene stvari gostov*, Ljubljana, 1966.

- JANEVSKI, A., Vrste ugovornih stvarnopravnih osiguranja na pokretnim stvarima, objekti koji mogu biti založeni, potraživanja koja mogu biti osigurana, Komparativni pregled zemalja – Srbija, Makedonija, BiH, Hrvatska, Crna Gora i Albanija, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor analiza i radova, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010., knjiga II, Beograd, 2010.
- JACOBUS, C. J., GILLET, T., E. Georgia Real Estate: An Introduction to the Profession, 7th Edition, Thomson, South-Western, 2007.
- JELIĆ, R., *Svojina u anglosaksonskom pravu*, Pravni život, br. 10, 2000.
- JELČIĆ, O., Obveznopravno osiguranje – jamstvo i pravo zadržanja, u V. Belaj i dr., *Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina* (Opća reakcija T. Josipović), Zagreb, 2005.
- JERING, R., *Geist des romisches Rechts*, Leipzig, 1878.
- JESSEL – HOLST, C., *Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa*, Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Budapest, 2002.
- JOSSERAND, L., *Les transports*, Paris, 1926.
- JOSIPOVIĆ, T., *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001.
- JUHART, M., TRATNIK, M., VRENČUR, R., *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana, 2004.
- JUHART, M., *Obligacijsko pravo: splošni del, GV založba*, Ljubljana, 2009.
- JUHART, M., *Stvarno pravo, GV Založba*, Ljubljana, 2007.
- KALADIĆ, I., *Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora*, Pravo i porezi, br.8/2000.
- KAPOR, V., ANTONIJEVIĆ, Z., *Privredno pravo, Poslovi robnog prometa*, Zavod za izdavanje udžbenika Narodne Republike Srbije, Beograd, 1960.
- KELZEN, H., *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1951.
- KERESTEŠ, T., *Stvarnopravna zavarovanja*, Studio Linea, Maribor, 2001.
- KIENINGER, E. M., *Security rights in movable property*, Cambridge University Press, 2004.
- KLANG, H., *Kommentar zum ABGB, I-2*, Wien, 1930.
- KLANG, H., Gschnitzer, F., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, I Band, II Halbband*, Wien, 1962.
- KLARIĆ, P., *Pravo zadržanja*, Informativ, br. 4073, 1993.
- КЛЕПИЋ, Д., *Практикум за примену хипотеке и ручне залогe*, Београд, 1996.
- KNEŽEVIĆ, V., PAK, J., *Založno pravo na pokretnim stvarima, Promene stvarnog prava u Srbiji, Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi*, Beograd, 2004.
- KOVAČEVIĆ-KUŠTRIMOVIĆ, R., LAZIĆ, M., *Stvarno pravo*, Niš, 2009.
- KOVAČEVIĆ-KUŠTRIMOVIĆ, R., *Građansko pravo (Opšti deo)*, Niš, 1995.
- KOVAČEVIĆ-KUŠTRIMOVIĆ, R., *Domen primene načela savesnosti i poštenja, „Zloupotreba prava“ Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1996.
- KOENIG, J. C., *Verfahrensrechtliche Wirkungen des Zurückbehaltungsrecht*, NJW 1960.
- КОНСТАНТИНОВИЋ, М., *Стара правна правила и јединство права, Анали, окт. – дец. 1957.*
- КОНСТАНТИНОВИЋ, М., *Облигационо право, Општи део*, Београд, 1952.
- КОНСТАНТИНОВИЋ, М., *Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 2006.
- KORN, F., *Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch, Inaugural-Dissertation*, Tübingen, 1881.

- KOZIOL, H., Die Grenzen des Zurückbehaltungsrecht bei nicht gehöriger Erfüllung, Österreichische Juristen – Zeitung, 1985/24.
- KOZIOL, H., WELSER, R., Grundriss des bürgerlichen Rechts, Wien, 1988.
- KRAINZ, PFFAF, EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatsrechts, 5 Auflage, I, Wien, 1915.
- KREJCI, H., *Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*. Linde, Wien 2007.
- KRULJ, V., *Novac i novčane obaveze u unutrašnjem i međunarodnom pravu*, Beograd, 1973.
- KRULJ, V., *Trgovački zakonik Francuske*, Beograd, 1976.
- LAVINE, A. L., *Manual of Commercial Law*, University of the State of New York, 1940.
- LAVINE, A. L. *Modern business law*, Prentice Hall, New Jersey, 1954.
- LAVINE, A. L., *Modern business Law*, Prentice-Hall Inc., 1963.
- LAZAREVIĆ, D., *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Beograd, 2010.
- LAZIĆ, M., *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009.
- ЛАЗИЋ, М., *Садржина хипотеке, магистарска теза*, Ниш, 1994.
- ЛАЗИЋ, М., *Реализација права намирења хипотекарног повериоца*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1994-1995.
- ЛАЗИЋ, М., ВУЈОВИЋ, Д., *Еуроhipотека – неакцесорно или акцесорно средство обезбеђења*, *Правни живот*, бр. 10/2013.
- ЛАЗИЋ, М., *Хармонизација европског грађанског права и права Републике Србије*, Зборник радова, Научна конференција „Функционисање правног система Републике Србије“, 2006.
- LAZIĆ, M., *Reforma založnog prava u Republici Srbiji*, *Evropski pravnik*, 2/2007.
- ЛАЗИЋ, М., ПЛАНОЈЕВИЋ, Н., *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, *Правни живот*, књ. 548, бр. 10/2011.
- LACKNER, D., *Fachbereichsarbeit „Unternehmensrecht in Österreich“*, Wien 2007/2008.
- LATIMER, P., *Australian Business Law*, CCH a Wolters Kluwer business, Sydney, 2012.
- LE CORRE, P. M., *L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement*, *Chroniques*, Dalloz, 2001.
- ЛЕКСИКОН ГРАЂАНСКОГ ПРАВА, Београд, 1996.
- LEUTNER, LEHRBERG, *Die Entdeckung der Grundschuld: Die „Wiederauffüllbare Hypothek (hypothèque rechargeable) als neues Kreditsicherungsmittel im französischen Recht*, 2006.
- ЛЮЗА, Б., *Облигационо право, Опћи дио, Посебни дио*, Сарајево, 2000.
- LOHMAN, P., *Das bürgerliche und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht*, Leipzig, 1908.
- LORENC, R., *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, doktorska disertacija, Beograd, 1966.
- LORENC R., *Koneksitet (veza) između tražbine i predmeta prava zadržanja*.
- LORENC R., *Pravo zadržanja u rimskom pravu*, *Glasnik advokatske komore u A.P. Vojvodini*, br. 8/1965.
- LORENC, R., *Sticanje prava ručne zaloge od nevlasnika*, *Naša zakonitost*, br. 7–8, Zagreb, 1963.
- ЛУКИЋ, Р., *Теорија државе и права – Теорија права*, Београд, 1995.
- MALAURIE, P., AYNES, L., *Cours de droit civil, Les sûretés*, Édition Cujas, Paris, 1986.
- MALAURIE, P., *Cours de droit civil. Tome VIII, Les Contrats spéciaux, civils et commerciaux, vente, mandat, bail, contrat d'entreprise, échange, location-vente, crédit-*

bail, contrats de distribution, dépôt, prêts, jeu et pari, rente viagère, transaction, clause compromissoire, compromis, Cujas 1995.

МАЛЕНИЦА, А., ДЕРЕТИЋ, Н., Римско право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011.

МАРКОВИЋ, Л., Грађански законик за Краљевину Југославију са кратким објашњењима, Београд, 1921.

МАРКОВИЋ, Л., Стварно право, Београд, 1927.

МАРКОВИЋ, Л., Хипотекарно право, Београд, 1911.

MARTY, G., RAYNAUD, P., Droit civil, Tome III, Les sûretés la publicité foncière, Paris, 1971.

MASI, A., Proprietà, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982.

МАТИЈЕВИЋ, I., Zakonsko založno pravo porabodavca, Beograd, 1938.

MAUGER, Ch., De la nature de droit de retention, Paris, 1900.

MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J., Leçons de droit civil, tome troisième, 1ère volume, 3 éd., Paris 1960.

MAZEAUD, H., L., Leçon de droit civil, tom I, 1962.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, J., Leçons de droit civil, Tome troisième, Premier volume: Sûretés – Publicité foncière, Ed. Montchrestien, Paris, 1968.

MEDIĆ, D., Bezdržavinska zaloga u uporednom pravu, Srpska pravna misao, br. 1-4/00.

МЕДИЋ, Д., Заложно право, Бања Лука, 2002.

МЕДИЋ, Д., *Заложно право као средство обезбеђења кредитних услуга у Републици Српској*, Право и услуге, мај 2012.

МЕДИЋ, Д., *Земљишни дуг као неакцесорно средство обезбеђења потраживања на некретнинама*, Правни живот, бр. 10/2006.

МЕДИЋ, Д., Ново стварно право Републике Српске, Бања Лука, 2011.

MEDIĆ, D., Novo stvarno pravo Republike Srpske, Banja Luka, 2016.

MEDIĆ, D., *Pravo zadržavanja (retencije)*, Pravni život, br. 10/2013

МЕДИЋ, Д., Право обезбеђења потраживања, Бања Лука, 2013.

MEDIĆ, D., *Zaštita prava svojine*, Pravna riječ, br. 4/2014.

MEISSNER, Versuch einer vollständigen Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht nach chursächs Recht, Leipzig, 1803.

MEYER, T., *Kvaziakcesornost zemljišnog duga u njemačkom pravu*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse br. 3, Mostar, 2005.

MEUSELL, G., C., De iure retentionis, Wittigau, 1672.

MEZZANOTE, L., Il diritto di ritenzione dall' autotutela alla pena privata, in Quaderni della Rassegna di diritto civile, diretta da P. Perlingieri, 1995.

МИЈАЧИЋ, М., Obligacioni ugovori, Savremena administracija, Beograd, 1988.

MILENOVIĆ, D., Zaloga na pokretnim stvarima u našem i uporednom pravu, Pravni život, br. 5/83.

MINTAS-HODAK, Lj., Retencija u pomorskom pravu, Uporedno pomorsko pravo, vol. 31, 1/1989.

МИЋОВИЋ, М., Привредно право, Крагујевац, 2014.

МИЋОВИЋ, М., *Савремена средства реалног обезбеђења банкарских кредита*, Институт за правне и друштвене науке, Србија и Европско право, Крагујевац, 1999-2000.

MICCIO, R., Delle obbligazioni in generale, Torino, Pomba, 1966.

MONTEL, A., voce „Pegno (Diritto vigente)“, in Noviss. Dig. It. XII, Torino, 1965.

MORAIT, B., Obligaciono pravo, Knjiga I, Banja Luka, 1997.

DE LA MATA MUÑOZ, A., Typical Personal Security Rights in the EU, Max-Planck Institut, Mohr Siebeck, 2011.

NARDI, E., Ritenzione e Pegno Gordiano, Milano, Giuffrè, 1939.

НИКОЛИЋ, Д., Увод у систем грађанског права, Нови Сад, 2013.

NIKOLIĆ, D., Građansko-pravna sankcija, Novi Sad, 1995.

NIKOLIĆ, D., Ujednačavanje stvarnog prava (Putevi i stranputice), Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci, br. 3/2033.

NICOLAS, R., Du droit de rétention a Rome et en France, Caen, 1871.

OVERBECK, A., Schuldbetreibung und Konkurs nach dem schweizerischen Recht, Zürich, 1926.

ORLIĆ, M., Pravna priroda zakupa, doktorska disertacija, Beograd, 1974.

ORLIĆ, M., *Zaštita državine (poseda)*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3-4/79.

ORLIĆ, M., *Osnovni razlozi i potreba za donošenjem Građanskog zakonika Srbije*, Pravni život, br. 11/2007.

OSER, H., SCHÖNENBERGER, W., Das Obligationenrecht, Zürich, Schulthess & Co., 1936.

OFTINGER, K., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, 1952.

OFTINGER, K., Das Fahrnispfand, Commentaire zurichois, 3rd. Edition, Zürich, 1981.

PAVIĆEVIĆ, A., Pojam retencije u domaćem i uporednom pravu. *Pravni život*, knj. 576, br. 10/2015.

PAVIĆEVIĆ, A., Osvrt na sličnosti i razlike između zemljišnog duga i prava retencije, *Pravo*, god. 32, br. 7-9/2015.

PAVIĆEVIĆ, A., Nalaz tuđe izgubljene stvari u uporednom pravu i budućem srpskom pravu, *Pravni život*, knj. 584, br. 10/2016.

PAVIĆEVIĆ, A., Pravne posledice nalaza skrivenog blaga u srpskom pravu, *Nova pravna revija*, god. 5, br. 1-2/2015.

PAVIĆEVIĆ, A., Pojam izgubljene stvari, *Pravni život*, knj. 569, br. 5-6/2014.

PAVIĆEVIĆ, A., Vrste zemljišnog duga kao realnog sredstva obezbeđenja, *Pravni život*, knj. 572, br. 10/2014.

PAVIĆEVIĆ, A., Правне последице налаза изгубљене ствари у српском праву де леге лата и де леге ференда, *Гласник права*, год. V, бр. 1/2014.

PAVIĆEVIĆ, A., Sadržina i svršishodnost realnog duga. *Pravni zapisi*, god. 6, br. 1/2015.

ПАВИЋЕВИЋ, А., Начела земљишног дуга као реалног средства обезбеђења, *Зборник радова*, год. XLVIII, бр. 2/2014.

PAVIĆEVIĆ, A., Појам скривеног блага = Legal concept of hidden treasures, у: Ђорђевић, Slavko (ur.). *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 2. Крагујевац: Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, 2014.

PAVICEVIC, A., RANDJELOVIC, V., When does the self-protection end and autocracy begin? International Scientific Conference, Researching Security - Approaches, Concepts and Policies, 02.- 03. June, Ohrid, 2015., volume 5, University of „St. Kliment Ohridski“, Bitola, Faculty of Security, Skopje.

RADOVANI, T., Le pene private, Milano, 1985.

PALANDT, O., BASSENGE, P., Bürgerliches Gesetzbuch, Beck, 2002.

ПАУНОВИЋ, С., *Право задржавања - ретенције (Ius retentionis)*, Sudska praksa, god. XXVII, 2008.

ПАРИВОДИЋ, М., Предговор за Закон о хипотеци, Београд, 2006.

ПЕРИЋ, Ж., Специјални део Грађанског права, Стварно право, Београд, 1920.

ПЕРИЋ, Ж., О уговору о продаји и куповини, Београд, 1986.

PEROVIĆ, S., Obligaciono pravo, Privredna štampa, Beograd, 1980.

ПЕРОВИЋ, С., Коментар закона о облигационим односима, Београд, 1995.

PEROVIĆ, S., *Izvršenje ugovornih obaveza i odgovornost za neizvršenje*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2008.

PETRAK, M., *Kritika teorije o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite (Selbsthilfetheorie)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 5/2006.

PETRIĆ, S., Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu, Split, 2004.

PETRIĆ, S., Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 30, br. 1, 2009.

PETROVIĆ, Z., KOZAR., V., Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u privredi, Beograd, 2009.

PIVAR, W. H., BRUSS, R. J., California Real Estate Law, 5. Th Edition, Dearborn Real Estate Education, 2002.

PLANIOL, M., *Traite elementaire de droit civil*, Tome Deuxieme, Paris, 1917.

PLANIOL, M., Ripert, Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1949.

ПЛАНОЈЕВИЋ, Н., Стварно право у пракси, Крагујевац, 2012.

ПЛАНОЈЕВИЋ, Н., Стицање својине од невласника, Крагујевац, 2008.

ПЛАНОЈЕВИЋ, Н., Državina u nacrtu evropskog građanskog zakonika i u prednacrtu Građanskog zakonika Srbije, Pravni život, god. XLIII, knj. 572, br. 10/ 2014.

ПЛАНОЈЕВИЋ, Н., Стицање својине од невласника у Нацрту заједничког појмовног оквира Студијске групе за Европски грађански законик. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, св. 135, 2011.

POVLAKIĆ, M., Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2001.

POVLAKIĆ, M., *Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasljednicama bivše SFRJ*, Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa, Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Budapest, 2002.

POVLAKIĆ, M., “Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2003, str. 194–243.

POVLAKIĆ, M., *Zemljišni dug u usporednom pravu*, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2005.

POVLAKIĆ, M., Organizacija i funkcija registara za prava osiguranja na pokretnim stvarima u jugoistočnoj Evropi, *Evropski pravnik*, 1/2008.

POTTSCHMIDT, ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986.

POP-GEORGIEV, D., STOJANOVIĆ, D., Komentar za zakonot za osnovnite sopstvenosnopravni odnosi (so sudska praktika), Skopje, 1982.

POPOV, D., CVETIĆ, R., NIKOLIĆ, D., *Praktikum za građansko pravo, Opšti deo, I knjiga*, Novi Sad, 1991.

POPOV, D., Zabрана злoupotrebe права u našem zakonodavstvu do drugog svetskog rata, „Zloupotreba права“ Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996.

PRAVNA ENCIKLOPEDIJA, Beograd, 1979.

PRAVNA ENCIKLOPEDIJA 1, Beograd, 1985.

PRAVNI LEKSIKON, Savremena administracija, Beograd, 1970.

PRET, C. A., *Le Droit de rétention dans les législations anciennes et modernes française et étrangères*, Paris, éd. Ernest Thorin, 1880.

PRICE, G., *The Law of Maritime Liens*, London, Sweet & Maxwell, 1940.

ПУХАН, И., ПОЛЕНАК-АКИМОВСКА, М., Римско право, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан први“ – Скопје, Скопје, 2008.

РАДИШИЋ, Ј., *Облигационо право*, Beograd, 2000.

- РАДИШИЋ, Ј., Облигационо право – општи део, четврто издање, Београд, 1990.
- RADOVIĆ, Ugovor o zadržanju svojine na prodatoj stvari, Branič, br. 7-8, 1937.
- RAJAČIĆ, Č., Stvarno pravo, Zagreb, 1956.
- RAŠOVIĆ, Z., Založno pravo na pokretnim stvarima, doktorska disertacija, Beograd, 1991.
- RAŠOVIĆ, Z., *Zalogoprimčevo pravo na državinu i pravo retencije*, Sudska praksa, Beograd, 1992.
- RAŠOVIĆ, Z., Komentar zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Podgorica, 2007.
- РАШОВИЋ, З., Коментар закона о хипотеци, Подгорица, 2007.
- РАШОВИЋ, З., *Стварноправна обезбјеђења у Црној Гори*, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа - Прва регионална конференција, Цавтат, 2010.
- RAŠOVIĆ, Z., Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, Podgorica, 1997.
- RIPERT, G., BOULANGER, J., Traité de droit civil, Tome III: Sûretés réelles, Contracts civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958.
- RIPERT, G., ROBLOT, R., Traite de droit commercial, t. 2, Paris, 1996.
- ROGOŠIĆ, M., Založno pravo i pravo pridržaja – sudska obezbeđenja na ispunjenje obaveze, Privredno-pravni priručnik, br. 4/68.
- ROSSEL, V., MENTHA, F. H., Manuel du droit civil Suisse, 1922.
- RUGIERO, MAROI, Istituzioni di diritto privato, Milano, 1942.
- RUMMEL, P., Gutgläubiger Erwerb von Retentionsrechten; Zur Interpretation des § 471 ABGB; Juristische Blätter, 1977/19-20.
- SAILER, G., Gefahrübergang, Eigentumsübergang, Verfolgungs und Zurückbehaltungsrecht beim Kauf beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht, Berlin, 1966.
- SALMA, J., Obligaciono pravo, Novi Sad, 2007.
- SATURNO, A., Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura ed estensibilità, in Rass. Di dir. Civ., 1991.
- SEMIANI-BIGNARDI, F., Ritenzione o no, Rivista di diritto processuale, 1962.
- SIMLER, P., DELEBECQUE, P., Droit civil, Les sûretés, Dalloz, Paris, 1989.
- SIMONETTI, P., Mobilijarna hipoteka, Privreda i pravo, br. 1-2/93.
- СИМОНОВИЋ, И., *Право на самопомоћ у заштити државине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LVIII, 2011.
- SHERRY, J. E. H., The Laws of Innkeepers: For Hotels, Motels, Restaurants, and Clubs, Third Edition, Cornell University Press, Ithaca and London, 1993.
- SÖERGEL, S., Bürgerliches Gesetzbuch, III Band, Sachenrecht, Stuttgart und Köln, 1955.
- SOFTIĆ, D., *Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2008.
- SOFTIĆ KADENIĆ, D., *Između akcesornosti i neakcesornosti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, L III/2010.
- SOFTIĆ KADENIĆ, D., *Stvarnopravna osiguranja na nekretninama u Bosni i Hercegovini*, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza – Prva regionalna konferncija, Cavtat, 2010.
- SOFTIĆ, D., Odnos između stvarnopravnog osiguranja i osiguranog potraživanja, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu.
- SPAIĆ, V., Osnovi građanskog prava, Opšti dio, Sarajevo, 1961.
- SPEVEC, F., J., Pravo posjeda, Zagreb, 1915.
- SPERL, H., Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege, I Band, Das Zivilprozess Recht, Wien und Leipzig, 1930.

STANKOVIĆ, G., *Pravo na samozaštitu u savremenom pravu*, nacionalni projekat „Građanska kodifikacija“, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, sv. 2, 2003.

СТАНКОВИЋ, О., Белешке о залогопримчевом праву на државину, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/85.

СТАНКОВИЋ, О., ОРЛИЋ, М., *Стварно право*, Београд, 1996.

СТАНКОВИЋ, О., ВОДИНЕЛИЋ, В., *Увод у грађанско право*, Београд, 2007.

СТАНКОВИЋ, Е., ВЛАДЕТИЋ, С., *Римско право*, Крагујевац, 2014.

СТАНОЈЕВИЋ, О., *Римско право*, Београд, 2007.

СТАНОЈЕВИЋ, О., *Римско право*, Универзитет у српском Сарајеву, Правни факултет, Српско Сарајево, 2003.

STARK, E., W., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht*, Bern, 1966.

STAUDINGER, Gursky, J., *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 3: Sachenrecht, BGB, III §§ 985-1011*, 2012.

STAUDINGER, Gursky, J., *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB, II §§ 255-292*, 2012.

СТИРКОВИЋ, З., *Pravo retencije i neki slični instituti*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII – br. 3/1972.

СТИРКОВИЋ, З., *О праву retencije odvjetnika*, *Odvjetnik*, br. 7-8, 1977.

СТОЈАНОВИЋ, Д., ПАВИЋЕВИЋ, Б., *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997.

СТОЈАНОВИЋ, Д., *Bezdržavinska zaloga (pokretna hipoteka)*, *Zbornik pravnog fakulteta u Nišu*, 1971.

СТОЈАНОВИЋ, Д., *Stvarno право*, Београд, 1977.

СТОЈАНОВИЋ, Д., *Стварно право*, Крагујевац, 1998.

СТОЈАНОВИЋ, Д., *Увод у грађанско право*, Београд, 2000.

СТОЈАНОВИЋ, Д., ПОР-GEORGIEV, D., *Коментар закона о основним својинско-правним односима*, Београд, 1983.

СТОЈАНОВИЋ, Д., АНТИЋ, О., *Увод у грађанско право*, Београд, 2004.

СТОЈАНОВИЋ, Д., *Zloupotreba prava u obligacionim odnosima*, „Zloupotreba prava“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1996.

СТОЈАНОВИЋ, Н., *Наследничка заједница*, Ниш, 2009.

СТОЈКОВИЋ, С., *Основи грађанског права*, Београд, 1948.

STRAŽNICKI, M., *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb, 1926.

STRAUCHIO, J., MÜLPFORT, *Ius retentionis*, Jen, 1668.

SCAPEL, C., *Le droit de rétention en droit positif*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981/3.

SYKES, E. J., *The Law of Securities*, Sydney, 1978.

VON STUBENRAUCH, M., *Kommentar zum öfterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche*, Wien, 1902.

ТАЈТИ, Т., *Comparative Secured Transactions Law*, Budapest, 2002.

TRATNIK, M., *Zastavna pravica, GV Založba*, Ljubljana, 2006.

ТЕШИЋ, Н., *Registrovana zaloga*, Београд, 2007.

ТЕШИЋ, Н., „Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja“, *Pravni život* 10/2012.

ТЕШИЋ, Н., *Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима*, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу – избор радова и анализа, књ. 2.

TONNON, A., *Washington Real Estate Law*, Rockwell Publishing Company, 2005.

TRIVA, S., DIKA, M., *Građansko parnično procesno право*, *Narodne novine*, 2004.

CIAN, G., TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile*, Cedam, Padova, 1988.

TUOR, P., *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1934.

TUOR, P., SCHNYDER, B., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 1979.

TUOR, P., SCHNYDER, B., SCHMID, J., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich, 1995.

UROŠEVIĆ, L., *Ius retentionis savesnog držaoca prilikom povraćaja stvari*, Studije iz prava, Beograd, 1926.

FABER, W., LURGER, B., National reports on the Transfer of Movable in Europe, 2011.

FABER, W., Proprietary Security Rights in Movable – European Developments: A Spotlight Approach to BOOK IX, DCFR, Juridica International, Law Review, 2014, No.2.

FIKENTSCHER, W., Sachenrecht, Berlin - New York, 1976.

FINŽGAR, A., Stvarno pravo, Ljubljana, 1972.

HALL, L. E., Possessory Liens in English law, Sweet & Maxwell, London, 1917.

HADŽIMANOVIĆ, N., Kritički prilog 1 o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u Jugoistočnoj Evropi, Nova Pravna Revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, broj 2/2012.

HARWOOD, S., Shipping Finance, 3. Edition, London, Euromoney Books, 2006.

HEDEMANN, J., V. Sachen recht des bürgerliches Gesetzbuch, Berlin, 1960.

HEISLER, P. I., INTELMANN, B., De Iure retentionis, Kittler, 1751.

HENRY, X., *et alia*, Code Civil, Paris, Dalloz, 2010.

ХИБЕР, Д., ЖИВКОВИЋ, М., Обезбеђење и учвршћење потраживања, Правни факултет у Београду, 2015.

HOLST, C. J., Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi, Gessellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, GTZ, 2003.

HOMBERGER, A., Besitz und Grundbuch, Zürich, 1938.

HORAK, H., DUMANČIĆ, K., PRELOŽNJAK, B., ŠAFRANKO, Z., Uvod u trgovačko pravo, Zagreb, 2011.

HORVAT, M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1977.

HUC, Th., Commentaire théorique et pratique du Code Civil, tome VII, Paris, 1894.

CABRILLAC, M., MOULI, C., Droit des sûretés, cinquième édition, Paris, 1999.

CABRY, E., Du droit de rétention, Paris, 1860.

CARAVELLI, C., Teoria della compensazione e di diritto di ritenzione, Milano, 1940.

CARBONNIER, J., Droit civil. t. 4, Les obligations. PUF, 22e éd., 2000.

CVETIĆ, R., Kriterijumi za utvrđivanje zloupotrebe prava, „Zloupotreba prava“ Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1996.

CENDON, P., Pena privata e diffamazione, in Politica del diritto, 1979.

CIAN, G., TRABUCCHI, A., Commentario breve al Codice civile, Cedam, Padova, 1988.

CIGOJ, S., Obligacije, Ljubljana, 1976.

CIGOJ, S., Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih, II knjiga, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana, 1984.

CIGOJ, S., Institucije obligacij, Posebni del obligacijskega prava kontrakti in reparacije, Ljubljana, 1989.

CREIFELDS Rechtswörterbuch, C.H. Beck'sche Verlangsbuchhandlung, München, 1997.

COLLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, II éd., tome II, Paris, 1920.

COLLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, II, Paris, 1935.

CATALA-FRANJOU, N., De la nature juridique du droit de rétention, Revue trimestrielle de droit civil, 1967.

COPPEL, A., Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers, Inaugural-Dissertation, Würzburg, 1896.

CROSIO, A., Les sûretés, La garantie des créances; Encyclopédie pratique pour la vie des affaires, J. Delmas et CIE, Paris, 1986.

ČELIĆ, D., *Poreklo i osnov samostalne zaštite državine*, Pravna riječ, br. 28/11.

ČEPULIĆ, I., Sistem općeg privatnog prava, Zagreb, 1925.

ČUVELJAK, J., *Pravo zadržanja (ius retentionis)*, Pravo i porezi, br. 6/09.

ČULINOVIĆ, E. H., Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, Pravni fakultet, 1998.

ŠAGO, D., Neki aspekti prava odvjetnika kao punomoćnika u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 1/2012.

ŠMID, V., Ugostiteljska ostava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br- 3-5/1978.

ŠTEMPIHAR, J., Civilno pravo, Osnutak posebnega dela obveznosti, Ljubljana, 1952.

WEBSTER, W. F., Ashburner's Concise Treatise on Morgages, Pledges and Liens, London, 1911.

WESTERMANN, H., Sachenrecht, Karlsruhe, 1960.

WIELAND, C.A., Das Sachenrecht, Kommentar zum zweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, 1909.

WIEMANN, S., De eo quod justum est circa ius retentionis, Erfordia, Hering, 1737.

WILHELM, J., Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin, 2007.

ZIMMERMANN R., The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, CP, Oxford, 1996.

Интернет адресе:

- Full text of „The Digestae of Justinian“. Доступан на интернет адреси: https://archive.org/stream/digestofjustinia01monruoft/digestofjustinia01monruoft_djvu.txt.
- Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo. (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit-de-retention.php>).
- Black' s Law Dictionary: <http://thelawdictionary.org/lien/>.
- Black's Law Dictionary, 8th ed., 2004, p. 2934 (<http://www.xmind.net/m/tnXY>).
- Споразум о стабилизацији и придруживању са ЕУ: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf.
- Нацрт заједничког референтног оквира (ДЦФР): http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf
- W., Faber, B., Lurger, National reports on the Transfer of Movables in Europe, 2011. Internet adresa: <http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/333729579.pdf>.
- Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE), C: von Bar. Dostupno na internet adresi: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/DCFRpdf1_1262861061.pdf
- F: Salomons, Comparative Law and the quest for optimal rules on the transfer of movables for Europe, De Gruyter, 2(1), 2013., p. 54-72. интернет адреса: <http://dare.uva.nl/document/2/124539>.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Vlume 5, C. von Bar and E. Clive. internet adresa: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_vols5_6_en.pdf.

- SMITS, J. M., Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 15, str. 145 - 148., 2008. Dostupno na internet adresi: <http://ssrn.com/abstract=1117248>, str. 145.
- Obligacijski zakonik Slovenije, Uradni list Republike Slovenije, 83/01. Интернет адреса: <https://zakonodaja.com/zakon/oz>.
- L., E., Hall, Possessory liens in English Law, Sweet& Maxwell, London, 1917., p. 17. интернет адреса: https://archive.org/stream/cu31924022447555/cu31924022447555_djvu.txt).

Објављена судска пракса

Збирка актуелне судске праксе – Стварно и Облигационо право, приредила Г., Станојчић, Београд, 2008.

А., Глогинић, Право залогe: збирка прописа са коментарима и судском праксом, Београд, 2005.

ParagrafLex – судска пракса у електронској форми

Законски текстови

Позитивно право Републике Србије:

Закон о облигационим односима Републике Србије „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Службени лист СРЈ”, бр. 31/1993; „Службени лист СЦГ”, бр. 1/2003

Закон о основама својинско-правних односа Републике Србије („Службени лист СФРЈ”, бр. 6/1980, 36/1990; „Службени лист СРЈ”, бр. 29/1996; „Службени гласник РС”, бр. 115/2005 – други закон).

Устав Републике Србије „Службени гласник РС”, бр. 98/2006

Закон о меници, "Sl. list FNRJ", br. 104/46, "Sl. list SFRJ", br. 16/65, 54/70 i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 46/96 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja)

Закон о чеку, Службени лист ФНРЈ бр. 105/46, 12/65, 50/71, 52/73; Службени лист СРЈ бр. 46/96; Сл. Лист СЦГ 1/2003

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, "Službeni glasnik RS", br. 80/02, 84/02 - ispravka, 23/03 - ispravka, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - dr. zakon, 62/06 - dr. zakon, 61/07, 20/09, 72/09 - dr. zakon, 53/10, 101/11, 2/12 - ispravka, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14)

Закон о адвокатури ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011 i 24/2012 - odluka US)

Закон о поморској и унутрашњој пловидби, Службени гласник РС, бр. 85/2005

Закон о стечају, „Сл. гласник РС", бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС и 83/2014

Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, („Службени гласник РС“, бр. 57/2003, 61/2005 и 64/2006, 99/2011)

Закон о хипотеци, Сл. гласник РС, бр. 115/2005

Закон о извршењу и обезбеђењу, "Sl. glasnik RS", br. 106/2015

Закон о тржишту капитала, Сл. Гласник РС 31/2011, 112/2015

Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације, Сл. Лист ФНРЈ бр. 86/1946, 105/1947.

Позитивно право страних земаља:

Аустријски грађански законик из 1811.год. / Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). (интернет адреса:

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>).

Аустријски трговачки законик / Handelsgesetzbuch (Österreich) (АНГВ) из 1862.

Аустријски законик о предузећима Unternehmensgesetzbuch (UGB) из 2005.

Internet адреса: http://www.jusline.at/Unternehmensgesetzbuch_%28UGB%29.html

Немачки грађански законик из 1896. год. (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB). (интернет адреса: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/) и <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html>).

Немачки трговачки законик (Handelsgesetzbuch - DHGB) из 1897. (интернет адреса: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>)

Швајцарски грађански законик из 1907. год. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch)

интернет адреса:

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>

Швајцарски законик о облигацијама из 1911. (Schweizerisches Obligationenrecht)

интернет адреса: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201407010000/220.pdf>

Француски грађански законик из 1804. (Code Civil – CC).

Интернет адреса:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4560B3C16E1F5CB8B5FF3973362C8F4E.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150114&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150626.

Француски трговачки законик из 1807. (интернет адреса:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379).

Италијански грађански законик (Codice Civile decreto 16 marzo 1942, n. 262) (I)

интернет адреса: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm

Jednoobrazni trgovački zakonik, Uniform Commercial Code (UCC) (интернет адреса: https://www.michigan.gov/documents/entireuccbook_18831_7.pdf)

Zakon о prodaji robe, The Sale of Goods Act 1979. (интернет адреса: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/pdfs/ukpga_19790054_en.pdf)

The Sale of Goods Act, 1979.

The Innkeeper's Act 1878.

The Consumer Credit Agreement Act, 1974.

Стварноправни законик Словеније, “Урадни лист Републике Словеније“ 87/2002, 91/2013

Obligacijski zakonik Slovenije, Uradni list Republike Slovenije 83/01

internet адреса: <https://zakonodaja.com/zakon/oz>

Закон о власништву и другим стварним правима Хрватске, НН 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01

Закон о obveznim odnosima Hrvatske, NN 35/05, 41/08, 125/11

Закон о својинско – правним односима Црне Горе, “Сл. лист Црне Горе“ 19/09

Закон о облигационим односима Црне Горе, „Сл. Лист Црне Горе“, бр. 47/08, 04/11

Закон о obligacionim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske,

“Službeni list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89; “Službeni list RBiH”, br. 2/92, 13/93 i 13/94; “Službeni glasnik RS”, br. 17/93 i 3/96

Закон о стварним правима Републике Српске (ЗСП), “Сл. гласник Републике Српске“ 124/2008, 58/09

Закон за облигационите односи на Република Македонија, Службен весник на РМ, бр. 18/2001

Закон за сопственост и други стварни права (ЗССП), „Сл. весник на Република Македонија“ 18/01, 35/10

Нацрти закона и модел-закона

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, доступан на интернет адреси: <http://www.propisi.com/prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html>.

Преднацрт, Грађански законик Републике Србије, пета књига, Општи део, Београд, 2013.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд, 2009.

Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије (*Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens*), Београд, 2007.

Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије, 2012. интернет адреса: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>

Нацрт Заједничког референтног оквира Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), интернет адреса: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

Прописи који су се некада примењивали на територији Републике Србије:

Грађански законик за Краљевину Србију из 1844. год. са каснијим изменама (интернет адреса: <http://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>).

Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. год. (интернет адреса: <http://www.pravokutnik.net/a/imovinski.pdf>)

Општи Аустријски грађански законик, Justizgesetzsammlung, из 1811. год.

Трговачки закон за Краљевину Југославију из 1937.

Трговачки законик за Књажевство Србију из 1860.

САДРЖАЈ

СКРАЋЕНИЦЕ КОРИШЋЕНЕ У РАДУ	3
УВОД	4
ГЛАВА I	
НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У ПРАВНИМ СИСТЕМИМА РАЗЛИЧИТИХ ДРЖАВА	7
ОДЕЉАК 1	
НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У РИМСКОМ ПРАВУ	8
I Појам и значење <i>ius retentionis</i> у римском праву	8
II Појава ретенције у римском праву	9
1. Ситуације које се у доктрини сматрају „изворним“ за настанак ретенције	10
III Услови за настанак ретенције у римском праву	12
1. Потраживање које се обезбеђује ретенцијом	13
2. Предмет ретенције	15
3. Државина ствари	16
4. Конекситет између предмета ретенције и обезбеђеног потраживања	17
IV Правно дејство ретенције у римском праву	19
V Правна природа ретенције у римском праву	21
1. Схватање о ретенцији као средству за заштиту права	21
2. Схватања о ретенцији као о овлашћењу или као праву	22
3. Схватање о ретенцији као субјективном грађанском праву	23
3.1. Схватање ретенције као облигационог права	24
3.2. Схватање ретенције као стварног права	25
4. Схватања о ретенцији као акцесорном или самосталном праву	26
5. Оцена изложених схватања правне природе ретенције римског права	27
VI Престанак ретенције у римском праву	27
VII Закључна разматрања о ретенцији у римском праву	29
ОДЕЉАК 2	
НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У ПРАВИМА СТРАНИХ ДРЖАВА	30
I Ретенција англоамеричког права	30
II Ретенција европскоконтиненталног права	32
1. Модели регулисања ретенције	33
2. Особености појединих модела регулативе ретенције кроз историју	35
2.1. Концепт изричите забране ретенције	35
2.2. Концепт дозвољеног заснивања ретенције	37
2.2.1. Модел регулисања ретенције у виду опште нормe	37
2.2.2. Казуистички модел регулисања ретенције	40
А. Фаза обичајног регулисања ретенције у феудално доба	41
Б. Фаза доношења уредби о ретенцији	42
В. Регулатива ретенције у „прелазној фази“ до ступања на снагу Француског Грађанског законика	44
Г. Регулатива ретенције од доношења Француског грађанског законика до реформе 2006	44

ОДЕЉАК 3	
НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕТЕНЦИЈЕ У НЕКАДАШЊЕМ ДОМАЋЕМ ПРАВУ	47
I Регулатива ретенције у Српском грађанском законуку у време Кнежевине Србије.....	47
II Регулатива ретенције до другог светског рата	52
III Регулатива ретенције након другог светског рата	53
1. Примена правних правила из предратних прописа.....	53
1.1. Правно правило о забрани ретенције у Аустријском грађанском законуку пре новела	54
1.2. Опште правно правило о ретенцији у Аустријском грађанском законуку након новела	56
2. Стање регулативе ретенције у домаћем праву до доношења Закона о облигационим односима	60
IV Закључна разматрања о еволуцији ретенције у домаћем праву	62
ГЛАВА II	
ПОЈАМ РЕТЕНЦИЈЕ	64
I Назив	65
1. Назив „право ретенције.....	65
2. Називи „право задржања“ и „право задржавања.....	66
3. Предлог назива за ретенцију <i>de lege ferenda</i>	68
4. Назив лица (субјеката) у односу насталом вршењем ретенције	69
II Дефиниција ретенције.....	71
1. Уводно разматрање	71
2. Појам ретенције у ДЦФР-у	73
3. Доктринарне дефиниције ретенције	76
3.1. Подела дефиниција ретенције у доктрини према различитим критеријумима	78
3.1.1. Подела дефиниција ретенције према квалификацији њене правне природе	78
3.1.2. Подела дефиниција ретенције према садржинској обухватности.....	79
3.1.3. Подела дефиниција ретенције према ширини одређивања предмета задржавања.....	80
3.1.4. Подела дефиниција ретенције према одређењу временског трајања права	81
3.1.5. Подела дефиниција ретенције с обзиром на одређеност њене функције	82
3.2. Доминантни начин дефинисања ретенције у доктрини	83
4. Предлог дефиниције ретенције.....	84
ГЛАВА III	
ВРСТЕ РЕТЕНЦИЈЕ	86
I Критеријуми за поделу ретенције на врсте.....	86
1. Законска и уговорна ретенција	87
1.1. Уговорна ретенција	89
1.2. Законска ретенција	93
2. Општа и посебна ретенција	94
2.1. Посебни облици ретенције у домаћем и упоредном праву <i>de lege lata</i>	96
2.1.1. Ретенција савесног држаоца туђе ствари који је изгубио реивиндикациони спор	96
2.1.2. Ретенција угоститеља	101
2.1.3. Ретенција код неправне оставе.....	105
2.1.4. Посебни облици ретенције без могућности намирења.....	106
А. Ретенција неуновчивих ствари	106
Б. Ретенција непокретности	107
2.2. Предлог посебних модалитета ретенције за српско право <i>de lege ferenda</i>	108
2.2.1. Ретенција савесног налазача туђе изгубљене ствари	109
2.2.2. Ретенција пословође без налога	112
2.2.3. Ретенција ухваћене животиње	113
2.2.4. Ретенција закуподавца пословног простора	114
2.2.5. Закључна разматрања о посебним случајевима ретенције предложеним за будуће домаће право	115
3. Грађанска и трговачка ретенција.....	117
3.1. Настанак и развој трговачке ретенције.....	117

3.2. Опште карактеристике трговачке ретенције	118
3.3. Концепт трговачке ретенције у позитивном упоредном праву	121
3.4. Разлике између трговачке и грађанске ретенције.....	122
3.5. Закључно разматрање о односу грађанске и трговачке ретенције.....	125
4. Редовна и нужна ретенција	126
4.1. Концепт нужне ретенције	126
4.2. Да ли је савесност повериоца додатни услов за настанак нужне ретенције.....	128
5. Обична и квалификована ретенција	130
6. Ретенција у ширем и у ужем смислу	132
7. Судска и вансудска ретенција	135
8. Материјална и формална ретенција.....	136
9. Стварноправна и облигациона ретенција	137
10. Класична ретенција и <i>pignus gordianum</i>	139
11. Материјализована и „дематеријализована“ ретенција	141
А. Дематеријализација објекта ретенције	142
Б. Дематеријализација поседа објекта ретенције	144
ГЛАВА IV	
УСЛОВИ ЗАСНИВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ РЕТЕНЦИЈЕ.....	147
ОДЕЉАК 1	
УОПШТЕ О УСЛОВИМА	149
I Различита схватања о условима за заснивање ретенције у домаћој и страниј доктрини	149
1. Подела на услове формалне и материјалне природе.....	149
2. Поделе према броју услова потребних за настанак ретенције.....	150
II Листа могућих услова за заснивање ретенције	153
1. Воља повериоца као субјективни услов настанка ретенције	155
2. Позитивни (објективни) услови потребни за настанак ретенције	156
ОДЕЉАК 2	
ПОТРАЖИВАЊЕ КАО УСЛОВ	157
I Квалитети потраживања нормирани законима различитих држава.....	158
1. Постојање потраживања	158
2. Пуноважност потраживања	159
3. Доследност потраживања	160
4. Одређеност потраживања	167
II Квалитети потраживања који нису садржани у законима разних држава.....	168
1. Квалитети који су неспорни у доктрини	168
1.1. Утуживост	168
2. Квалитети потраживања који су спорни у доктрини	173
2.1. Извесност (сигурност) потраживања	173
2.2. Новчани карактер потраживања	173
2.3. Ликвидност потраживања	179
2.4. Краткотрајност потраживања	182
ОДЕЉАК 3	
ОБЈЕКАТ РЕТЕНЦИЈЕ КАО УСЛОВ	183
I Ствар као објекат ретенције	184
1. Врсте ствари које су могући објекат ретенције.....	185
1.1. Покретне ствари као објекат ретенције	186
1.1.1. Покретне ствари које не могу бити објекат ретенције	187
1.1.2. Покретне ствари које могу бити објекат ретенције уз додатне услове.....	192
А. Генеричке ствари као објекат ретенције	193
Б. Хартије од вредности као објекат ретенције.....	195
В. Потрошне и заменљиве ствари као објекат ретенције.....	198

Г. Плодови као објекат ретенције.....	199
1.1.3. Покретне ствари које увек могу бити објекат ретенције.....	206
А. Ствар као објекат обичне ретенције у упоредном праву (некомерцијални концепт објекта ретенције).....	206
Б. Ствар као објекат квалификоване ретенције у упоредном праву (комерцијални концепт објекта ретенције).....	210
1.2. Непокретне ствари као објекат ретенције.....	218
1.2.1. Концепт забране ретенције непокретности.....	219
1.2.2. Концепт дозвољене ретенције непокретности.....	220
А. Садржински неограничена ретенција непокретности.....	220
Б. Садржински ограничена ретенција непокретности.....	221
1.2.3. Ситуација са ретенцијом непокретности у домаћем праву.....	221
А. Схватање о забрањености ретенције непокретности у домаћем праву.....	222
Б. Схватање о допуштености ретенције непокретности у домаћем праву са садржином као и на покретним стварима.....	223
В. Схватање о допуштености садржински сужене ретенције непокретности у домаћем праву.....	225
1.2.4. Ретенција непокретности у домаћем праву <i>de lege ferenda</i>	231
2. Својина на ретинираној ствари.....	235
2.1. Ретенција дужникове ствари.....	236
2.1.1. Ретенција ствари у сусвојини.....	237
2.1.2. Ретенција ствари у заједничкој својини.....	239
А. Наследничка ретенција.....	240
2.2. Ретенција ствари у својини трећег лица.....	243
2.2.1. Регулативе које допуштају ретенцију ствари у својини трећих лица.....	243
2.2.2. Регулативе које не уређују ретенцију ствари у својини трећих лица.....	245
2.2.3. Стицање ретенције на стварима трећих лица <i>de lege ferenda</i>	250
2.3. Ретенција своје ствари.....	253
II Ретенција чинидбе.....	256
1. Врсте чинидби које могу бити објекат ретенције.....	259
2. Ретенција чинидбе у домаћем праву <i>de lege ferenda</i>	263
 ОДЕЉАК 4	
ПОСЕД СТВАРИ КАО УСЛОВ.....	266
I Титулар ретенције код субјективне концепције државине.....	267
II Титулар ретенције у објективној концепцији државине.....	269
III Квалитети државине ретинента.....	270
1. Квалитет савесности државине.....	271
1.1. Врсте ретенције код којих је савесност државине услов <i>sine qua non</i>	271
1.2. Ретенција држаоца који је изгубио реивиндикациони спор у домаћем праву.....	274
1.3. Да ли савесност државине треба да буде додатни услов опште ретенције?.....	276
2. Остали потребни квалитети државине ретинента.....	278
2.1. Законитост стицања државине ретинента.....	278
2.1.1. Забрана ретенције ствари датих у нарочите сврхе.....	282
А. Остава.....	283
Б. Послуга.....	285
2.2. Начин прибављања државине.....	287
2.2.1. Немачко решење.....	289
2.2.2. Швајцарско решење.....	290
2.2.3. Решење домаћег права.....	291
2.2.4. Критички осврт на претходна три приступа.....	294
IV Могуће врсте државине ретинента.....	296
1. Непосредна и посредна државина као услов ретенције.....	296

2. Државина и фиктивна ретенција	299
2.1. Критички осврт на фиктивну ретенцију	302
ОДЕЉАК 5	
КОНЕКСИТЕТ КАО УСЛОВ	305
I Модели регулатива с обзиром на однос према услови конекситета	306
1. Правни системи који познају услов конекситета	306
1.1. Врсте конекситета у правној теорији	307
1.2. Правни системи у којима се конекситет схвата уско	311
1.3. Правни системи у којима се конекситет схвата широко	313
2. Правни системи који не познају услов конекситета	315
2.1. Критички осврт на решења држава које не познају услов конекситета	316
II Услов конекситета у домаћој регулативи <i>de lege ferenda</i>	319
ОДЕЉАК 6	
ПРОТИВЗАХТЕВ ПРОТИВНИКА РЕТЕНЦИЈЕ И ОБАВЕШТЕЊЕ ДУЖНИКА КАО	
МОГУЋИ УСЛОВИ РЕТЕНЦИЈЕ	322
I Противзахтев противника ретенције као могући услов ретенције	322
II Обавештење дужника као могући услов ретенције	324
ОДЕЉАК 7	
УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ У ДЦФР-у	326
 ГЛАВА V	
САДРЖИНА И ДЕЈСТВО ГРАЂАНСКОПРАВНЕ РЕТЕНЦИЈЕ	328
ОДЕЉАК 1	
САДРЖИНА РЕТЕНЦИЈЕ	328
I Овлашћења и обавезе ретинента у фази задржавања (вршења притиска на дужника)	330
1. Овлашћења ретинента	330
2. Обавезе ретинента	335
II Овлашћења и обавезе ретинента у фази намирења	338
1. Овлашћења ретинента	338
2. Обавезе ретинента	340
III Садржина ретенције у ДЦФР-у	342
ОДЕЉАК 2	
ДЕЈСТВО РЕТЕНЦИЈЕ	346
I Дејство ретенције према ретиненту	346
II Дејство ретенције према дужнику	347
1. У фази притиска	347
2. У фази намирења	351
3. Критички осврт на однос овлашћења задржавања и намирења као два аспекта дејства ретенције	352
III Дејство ретенције према трећим лицима	356
1. У фази притиска	357
2. У фази намирења	362
IV Критички осврт на дејство ретенције у упоредном праву	364
V Дејство ретенције у ДЦФР-у	367
VI Дејство ретенције у нацртима будућег грађанског права Србије	369
ГЛАВА VI	
РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД СЛИЧНИХ ИНСТИТУТА	371

I Досадашња истраживања	371
II РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД ПОЈЕДИНИХ ИНСТИТУТА ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА	373
1. Разграничење ретенције од компензације	373
1.1. Појам компензације	373
1.2. Карактеристике компензације	374
1.3. Сличности између компензације и ретенције	374
1.4. Разлике између компензације и ретенције	375
2. Разграничење ретенције од приговора неиспуњеног уговора	377
2.1. Појам приговора неиспуњеног уговора	377
2.2. Карактеристике приговора неиспуњеног уговора	378
2.3. Сличности између приговора неиспуњеног уговора и ретенције	378
2.4. Разлике између приговора неиспуњеног уговора и ретенције	379
III РАЗГРАНИЧЕЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ ОД ПРАВА РЕАЛНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА	382
1. Разграничење ретенције од неакцесорних средстава обезбеђења	382
1.1. Разграничење ретенције и фидуцијарног преноса својине	382
1.1.1. Појам фидуцијарног преноса својине	382
1.1.2. Карактеристике фидуцијарног преноса својине	383
1.1.3. Сличности између ретенције и фидуцијарног преноса својине	385
1.1.4. Разлике између ретенције и фидуцијарног преноса својине	386
1.2. Разграничење ретенције и земљишног дуга	388
1.2.1. Појам земљишног дуга	388
1.2.2. Карактеристике земљишног дуга	389
1.2.3. Сличности између ретенције и земљишног дуга	392
1.2.4. Разлике између ретенције и земљишног дуга	392
2. Разграничење ретенције од акцесорних средстава обезбеђења	394
2.1. Разграничење ретенције од задржавања права својине	395
2.1.1. Појам задржавања својине	395
2.1.2. Карактеристике права задржавања својине	395
2.1.3. Сличности између ретенције и права задржавања својине	397
2.1.4. Разлике између ретенције и права задржавања својине	398
2.2. Однос ретенције и заложног права	400
2.2.1. Разграничење ретенције и хипотеке	400
А. Појам хипотеке	400
Б. Карактеристике хипотеке	401
В. Сличности између ретенције и хипотеке	403
Г. Разлике између ретенције и хипотеке	404
2.2.2. Разграничење ретенције и регистроване залогe	405
А. Појам регистроване залогe	405
Б. Карактеристике регистроване залогe	406
В. Сличности између ретенције и регистроване залогe	407
Г. Разлике између ретенције и регистроване залогe	408
2.2.3. Разграничење ретенције и законског заложног права	410
А. Појам законске залогe	410
Б. Карактеристике законске залогe	410
В. Сличности између ретенције и законског заложног права	413
Г. Разлике између ретенције и законске залогe	414
2.2.4. Разграничење између ретенције и добровољне (уговорне) ручне залогe	417
А. Појам ручне залогe	417
Б. Карактеристике ручне залогe	417
В. Сличности између ретенције и ручне залогe	419
Г. Разлике између ретенције и ручне залогe	422
IV Разграничење ретенције од сродних института у ДЦФР-у	424
V Закључно разматрање о односу ретенције са сродним институтима	425
1. Закључак о односу ретенције са институтима облигационог права	426

2. Закључак о односу ретенције са стварним правима обезбеђења на туђој ствари	428
ГЛАВА VII	
ПРАВНА ПРИРОДА РЕТЕНЦИЈЕ	432
I Да ли је ретенција субјективно право или правна моћ	433
1. Схватање о ретенцији као правној моћи	433
2. Схватање о ретенцији као субјективном грађанском праву	437
2.1. Схватање о ретенцији као стварном праву	440
2.1.1. Схватање о ретенцији као стварном праву обезбеђења потраживања	443
2.1.2. Ретенција као стварно право обезбеђења потраживања у ДЦФР-у	446
2.2. Схватање о ретенцији као облигационом грађанском праву	447
2.3. Схватање о ретенцији као мешовитом субјективном грађанском праву	452
II Посебне теорије о правној природи ретенције	457
1. Да ли је ретенција право обезбеђења потраживања или процесно средство?	457
2. Да ли је ретенција средство обезбеђења потраживања и/или облик самопомоћи?	459
2.1. Појам и карактеристике самопомоћи	459
2.2. Схватања доктрине о ретенцији као виду самопомоћи	462
3. Схватање о ретенцији као негативном праву	465
III Закључно разматрање о правној природи ретенције	466
ГЛАВА VIII	
ПРЕСТАНАК РЕТЕНЦИЈЕ	469
1. Посредни начини престанка ретенције	469
1.1. Престанак ретенције испуњењем дуга	471
1.2. Остали посредни начини престанка ретенције	471
1.2.1. Пренос потраживања	474
1.2.2. Престанак ретенције продајом ретиниране ствари	476
2. Непосредни начини престанка ретенције	477
2.1. Апсолутна (физичка) пропаст ствари	478
2.2. Остали начини самосталног престанка ретенције	480
2.2.1. Губитак поседа ствари	480
2.2.2. Одрицање повериоца од ретенције	481
2.2.3. Одрицање од својине на ретинираној ствари (дереликција)	483
2.2.4. Консолидација	484
2.2.5. Давање другог одговарајућег средства обезбеђења	485
2.2.6. Недозвољена употреба ретиниране ствари	487
3. Престанак ретенције према ДЦФР-у	488
4. Тренутак престанка ретенције	489
ЗАКЉУЧАК	490
ЛИТЕРАТУРА	514