

IZVORNI NAUČNI ČLANAK

Prof. dr dr h.c. *Vladimir V. Vodinelić**

ČEMU POSESORNI POSTUPAK? O RAZLOGU POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE**

Apstrakt: Razmatra se šta je razlog (cilj, osnov, funkcija) postojanja sudske posesorne zaštite državine kao samostalne zaštite uz petitornu zaštitu državine i proverava održivost teorija o tom razlogu. U Delu 1. predstavljaju se istorijskopravni i uporednopravni modeli: uređenja ove zaštite, njenog odnosa sa petitornom zaštitom državine, petitornim prigovorom, prigovorom petitorne apsorpcije i petitornom protivtužbom, i modeli drugih elemenata ustanove: vrste postupka u kom se zaštita pruža, odnosa sudske i vansudske zaštite, i privremene mere, predmeta zaštite, smetanja državine, pasivne legitimacije i dr. Pita se u kakvoj su vezi te znatne i značajne istorijske i uporednopravne razlike sa onim što teorije navode kao razlog (osnov, cilj, funkciju) posesorne zaštite državine, i kako te razlike utiču, sa svoje strane, na održivost raznih teorija o tom razlogu. U Delu 2. ispituju se, na modelu posesorne zaštite državine u Srbiji, kako opravdanost postojanja te zaštite tako i održivost teorija mira, svojine, kontinuiteta, ličnosti, i najveće ekonomske koristi. Ispituje se da li su one u stanju da svojim razlogom (potrebom zaštite mira, svojine itd.): objasne posesornu zaštitu u tipičnim slučajevima kad smetaoci nemaju ovlašćenje za smetanje a smetaju držaoce koji su ovlašćeni da to budu bez obaveze da trpe smetanje; da ne samo objasne nego i opravdaju zaštitu u raznim netipičnim situacijama smetanja državine, kad ovlašćeni na državinu smetaju neovlašćene i dr.; da njime objasne i opravdaju rešenja važećeg pravnog režima posesorne zaštite državine; i da li je ono što drže da je razlog posesorne zaštite nešto uopšte specifično za tu pravnu ustanovu. Na kraju, probno se postavlja teza o zaštiti državine kao zaštiti pojavne slike (fenotipa) prava i obaveza, da bi se njena održivost proverila u poređenju sa drugim teorijama.

Ključne reči: državina, posesorna zaštita državine, posesorna samopomoć, petitorna zaštita državine, teorije o razlogu (cilju, osnovu, funkciji) posesorne zaštite državine.

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
e-mail: vladimir.vodinelic@pravnofakultet.rs

** Kao što ovaj rad čini celinu sa mojim člankom Šta se štiti u posesornom postupku? – O pojmu i prirodi državine (poseda), objavljenim u *Liber amicorum Mihajlo Dika*, Zagreb, 2013, str. 373-409, tako i njega posvećujem profesoru dr sc. dr h.c. Mihajlu Diki, sa istim osećanjima poštovanja i prijateljstva, i sa najboljim željama povodom sedamdeset godina ispunjenog života i četrdeset i pet godina plodne posvećenosti pravnoj nauci.

*Sva bi nauka bila suvišna kad bi se pojavni oblik
i suština stvari direktno podudarali.*

Karl Marks, *Kapital*

Deo 1.

SUDSKA POSESORNA ZAŠTITA DRŽAVINE***

I. UVODNA NAPOMENA, NAČIN I STRUKTURA RADA

A) „POSESORNA ZAŠTITA DRŽAVINE“: PRIVIDNI PLEONAZAM, STVARNA NEODREĐENOST

Čemu posesorni postupak– to je predmet interesovanja u ovom radu. Ili: šta je *razlog (cilj, osnov, funkcija)*¹ postojanja *sudske državinske zaštite*. Još preciznije: šta je *razlog (cilj, osnov, funkcija)* *sudske posesorne zaštite državine*. O tome postoje razne teorije, od kojih su najpoznatije teorija zaštite mira, teorija zaštite svojine i teorija zaštite ličnosti. Moglo bi se činiti da predstoji jedan prilično jednostavan posao: proveriti te (i druge) teorije, svaku ponaosob, na onome što se zove zaštita državine ili posesorna zaštita. Ali, u ovoj stvari određenost postoji samo na jednoj strani – *zna se koje su teorije i kako glase, dok je ono na čemu ih valja ispitati, a što se naziva zaštita državine ili posesorna zaštita državine, sve samo nije jednoznačno*.

Razjašnjenje, još pre svega toga, traži i sam izraz kojim se služimo: *posesorna zaštita državine*. Na prvi pogled izgleda pogrešan, ili bar neobičan, kao kada bi se reklo svojinska zaštita svojine, pravna zaštita prava, petitorna zaštita prava i sl. Ili bar nameće utisak pleonazma, zato što „posesorna” znači isto što i „državinska”, pa kao da glasi: državinska zaštita državine. Konstatacija o neobičnosti izraza posesorna zaštita državine važi za našu sredinu. Negde je, međutim, on uobičajen. A nigde uopšte nije posredi pleonazam. Izrazi „posesorna zaštita državine” i „državinska zaštita” ne moraju, naime, značiti isto, kako se pokazuje istorijski i uporednopravno. Mada će se istraživati razlog sudske posesorne zaštite državine, neće se moći zaobići ni vansudska posesorna zaštita državine, tj. zaštita putem dopuštene samopomoći. Ali posesorna zaštita državine nije isto što i zbir zaštite državine putem suda i zaštite državine od strane samog držaoca. Negde je, naime, posesorna zaštita državine upravna, a ne sudska.

*** Drugi deo ovog rada biće objavljen u broju 1/2014.

1 Te izraze upotrebljavam sinonimno, kao što je uobičajeno u raspravama o ovom pitanju (mada oni, naravno, ne moraju značiti isto).

A sudska je tada samo petitorna zaštita državine. Posesorni postupak, o čijem se razlogu postojanja pita, mogao bi, dakle, da bude sudski ili upravni. Tek će se posle svih tih razgraničenja moći videti, nije li razlog za sudsku posesornu zaštitu državine jednak razlogu zbog kojeg postoje pravo na posesornu samopomoć i upravna posesorna zaštita.

B) „POSESORNA ZAŠTITA DRŽAVINE”: PLURAL
A NE SINGULAR – MNOŠTVO RAZLIČITOG POD JEDNIM
IMENOM, I UTICAJ NJENE MNOGOLIKOSTI
NA NAČIN I SASTAV RADA

Posesorna zaštita državine nije ni univerzalna² ni jedinstvena pojava, nego živi u istoriji³ i uporednom pravu⁴ u vidu raznih modela (konstrukta, koncepata) zaštite. Znatne razlike postoje već u pogledu elementarno važnog konstrukcijskog opredeljenja: da li se u slučaju smetanja državine

- 2 Postojali su i postoje pravni poreci u kojima nema ni sudske posesorne zaštite državine, ni posesorne samopomoći, na primer Engleska, skandinavske zemlje, Sovjetski Savez i današnja Rusija, Jerermenija, Kazahstan, Kirgizija, Tadžikistan, Uzbekistan. Opet, Kina je 2007. po prvi put zakonski uredila državinsku zaštitu, član 245. Zakona o stvarnom pravu, up. Sachenrechtsgesetz der VR China, u: Münzel, F. (ur.), *Chinas Recht*, 16.3.07/1, (<http://www.docin.com/p-47664361.html>, 02.12.2013).
- 3 Za istoriju v. Kaser, M., 1971, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, pp. 396. i d.; Kaser, M., 1975, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, pp. 256. i d.; Coing, H., 1985, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, pp. 278. i d., 282. i d.; Coing, H., 1989, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert (*Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*), München, pp. 372. i d., 374. i d., 377. i d.; Windscheid, B., Kipp, T., 1906, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1. Bd., Frankfurt a. M., pp. 810. i d., 831. i d.; Stark, E. W., Der Besitz, Art. 919 – 941, u: Meier-Hayoz, A. (ur.), 1984, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. IV, *Das Sachenrecht*, 3. Abt., 1. Teilbd., Bern, pp. 233. i d.; Dedek, H., 1997, Der Besitzschutz im römischen, deutschen und französischen Recht – gesellschaftliche Gründe dogmatischen Wandels, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, pp. 342. i d.; Wieling, H. J., 2006, *Sachenrecht*, Bd. 1, *Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin i dr., pp. 126. i d., a o zaštiti Gewere v. kod Beermann, C., 2000, *Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten (Eine Untersuchung zum Rechtsbesitz: Versuch der Rechtfertigung eines verkannten Instituts aus rechtshistorischer Sicht)*, Münster i dr., pp. 14. i d.
- 4 Uporednopravno Pfeifer, R., Besitz, u: Schlegelberger, F. (ur.), 1929, *Rechtsvergleichen-des Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. II, Berlin, pp. 527. i d.; Gordley, J., Mattei, U., 1996, Protecting Possession, *The American Journal of Comparative Law*, 2, pp. 293. i d.; Dedek, H., 1997, pp. 358. i d.; Müller, T., 2010, *Besitzschutz in Europa (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft)*, Tübingen, pp. 39. i d.; Lurger, B., Faber, W. (ur.), 2011, *Principles of European Law – Study Group on a European Civil Code, Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq. Own.)*, Munich, pp. 1269. i d.

držalac štiti nezavisno od toga ima li pravo na državinu i nezavisno od jačeg prava tuženog na državinu i radnju kojom smeta držaoca. Ali, već zbog terminoloških razlika, ni samo pitanje o razlogu posesorne ili državinske zaštite nema uvek i svuda neki svoj jednak smisao koji bi se podrazumevao, pa ako pitamo za razlog postojanja sudske posesorne zaštite državnine ne rekavši na koji model mislimo, ne znači da smo postavili pitanje koje će svako makar jednako razumeti. Sigurno neće. Jer u raznim sredinama i vremenima različito se određuje i shvata ne samo to *šta je ta zaštita, kakav je njen odnos sa petitornom zaštitom državnine, i u kojoj vrsti postupka se ostvaruje* (o čemu u odeljku II) nego praktično i sve ostalo što je relevantno za posesornu zaštitu državnine: *šta je predmet te zaštite* – šta i ko se štiti i od kakvih smetalaca (III); *i: od koga se štiti ko nije smetalac* – ko je sve pasivno legitimisan (IV); *i: od čega se štiti* – šta je smetanje državnine (V); *i: kakav je odnos sa vansudskom zaštitom* – štiti li se sudski uvek onda kada bi i držalac mogao sam da se štiti putem samopomoći, i koliko vremena je smetanje državnine posesorno relevantno (VI). Suočeni sa tako velikim i značajnim razlikama, valja da se *zapitamo* da li su sva ta tako različita rešenja u skladu sa razlogom (osnovom, ciljem, funkcijom) posesorne zaštite državnine a, s druge strane, da li su, i koje, teorije o razlogu (teorija mira, teorija svojine i dr.) održive kada se proverava njihova sposobnost da objasne ta raznovrsna rešenja. Deo 1. završava evidentiranjem tih tačaka provere raznih modela posesorne zaštite državnine, u uzajamnom odnosu sa raznim teorijama o razlogu (VII). A njima će se baviti Deo 2. rada.

Nema dobrog smisla teorije o razlogu posesorne zaštite državnine odbacivati ili prihvatati apstraktno, jer niti su nastale nezavisno od određenog pravnog uređenja te zaštite, niti sa pretenzijom da važe za zaštitu državnine uopšte. Apstraktno, nezavisno od konkretnih modela posesorne zaštite državnine i njihovih različitih pravnih režima, ne da se razložno raspravljati ni o tome da li je ta zaštita uopšte potrebna, i čime je eventualno zameniti. Pravno uređenje posesorne zaštite državnine u Srbiji biće, zato, u Delu 2. to polazište provere kako *ne/opravanosti postojanja posesorne zaštite državnine*, tako i *ne/održivosti teorija o razlogu te zaštite*. Tako ću proveravati teorije mira, svojine, kontinuiteta, ličnosti i najveće ekonomske koristi. Svaku ću ispitati u pogledu toga: da li je u stanju da razlogom koji navodi (potrebom zaštite mira, svojine itd.) *objasni* posesornu zaštitu u *redovnom slučaju njene primene* kada smetalac državnine nema ovlašćenja za smetanje a smeta držaoca koji je ovlašćen da bude držalac a nema obavezu da trpi smetanje; zatim, da li je, i koja, u stanju da zaštitu ne samo *objasni* nego *i opravda* u *raznim netipičnim situacijama smetanja državnine*, počevši od situacije kada smetalac ima pravo na državinu a smeta držaoca koji nema jače pravo; potom, da li je teorija u stanju da *objasni i opravda razna rešenja ovdašnjeg važećeg pravnog režima* posesorne zaštite državnine; i

konačno, da li je ono što teorija smatra razlogom posesorne zaštite nešto uopšte *specifično za pravnu ustanovu posesorna zaštita državnine*. Probno ću, na kraju, postaviti tezu o posesornoj zaštiti kao zaštiti državnine kao pojavnne slike (fenotipa) prava i obaveza, da bih njenu održivost proverio u poređenju sa drugim teorijama.

II. ŠTA JE SUDSKA POSESORNA ZAŠTITA DRŽAVINE?

APSOLUTNA ZAŠTITA I RELATIVNE ZAŠTITE DRŽAVINE U POSESORNOM POSTUPKU. ZAŠTITA U POSTUPCIMA RAZNIH VRSTA

Za „sudsku posesornu zaštitu državnine” početno je određujuće: kako su razgraničeni posesorna i petitorna zaštita državnine (A), da li je posesorna zaštita državnine uslovljena nepostojanjem jačeg prava tuženog na državinu, odnosno na radnju smetanja (B), postoji li poseban parnični postupak za posesornu zaštitu državnine i u kakvom je odnosu sa zaštitom državnine po privremenoj meri (C), i da li je traženje posesorne zaštite uslov za mogućnost traženja petitorne (D).

A) POSESORNA ZAŠTITA DRŽAVINE I PETITORNA ZAŠTITA DRŽAVINE

1. *Posesorna zaštita državnine i publicijanska petitorna zaštita državnine*. Naročito u Nemačkoj, a i još negde, na primer u Lihtenštajnu⁵ i Mađarskoj,⁶ razlikuju *posesornu zaštitu državnine* i *petitornu zaštitu državnine*, baš tim rečima (*possessorischer Besitzschutz* i *petitorischer Besitzschutz*). Posesornom zaštitom državnine naziva se ona koja se pruža po posesornim tužbama (*possessorische Besitzschutzklage*, §§ 858. i d. BGB), nezavisno od postojanja tužiočevog prava na državinu i nepostojanja prava tuženog da zadire u tužiočevu državinu. Petitorna zaštita državnine, opet, ona je koju po vrsti publicijanske tužbe (*die Besitzrechtsschutzklage*, § 1007. BGB) državnina dobija na osnovu *jačeg osnova* za državinu. Ti izrazi tamo nisu zakonski, ali su među pravnicima u opštoj upotrebi.⁷

5 Up. Opilio, A., 2010, *Liechtensteinisches Sachenrecht (Arbeitskommentar)*, Band II, Art 265 bis 571 SR, Dornbirn, p. II-525.

6 Up. Csanádi, G., *Eigentumsrecht*, u: Eörsi, G. (ur.), 1963, *Das Ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest, pp. 181. i d.; Vékás, L., Ungarn, u: Bar, C. von (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 2, Osnabrück, pp. 169. i d.

7 Up. samo Schreiber, 1993, *Possessorischer und petitorischer Besitzschutz*, Jura, p. 440; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, *Sachenrecht*, München, p. 81; Amend, A., 2001,

2. *Posesorna zaštita državine nasuprot petitornoj zaštiti državine kao zaštiti prava na državinu.* Izraz posesorna zaštita državine podesan je, međutim, da se upotrebi i u još širem značenju: da označi razliku ne samo spram publicijanske petitorne zaštite državine nego i spram svake one petitorne zaštite državine koja se pruža na osnovu povrede prava na državinu (po reivindikaciji, negatoriji, konfesoriji, kondikciji, verzijском zahtevu, odštetnom zahtevu i dr.). Iz uporednog prava se vidi da bi, i tamo gde se izraz posesorna zaštita državine uopšte ne upotrebljava i tamo gde se upotrebljava u pojmovnom paru sa publicijanskom petitornom zaštitom državine, izraz posesorna zaštita državine bio u stanju da označi *zaštitu državine kao državine, neuslovljenu ni jačim osnovom za državinu ni pravom držaooca na državinu.* Tako, negativno definisano, posesorna zaštita državine je *svaka* zaštita državine koja *nije petitorna* zaštita državine. Ukratko, *nepetitorna zaštita državine.* Pošto razlika između samo *posredne zaštite državine,* uslovljene držaočevim jačim osnovom ili pravom na državinu, i *neposredne,* ničim od toga neuslovljene zaštite državine, stvarno postoji u uporednom pravu bez obzira na to da li postoje takvi termini, to ću se izrazom posesorna zaštita državine služiti da označim nepetitornu zaštitu državine, u razlici spram petitorne zaštite državine.⁸

3. *Razlika između posesorne i petitorne zaštite državine kao razlika pružalaca zaštite.* Redovno, i posesornu i petitornu zaštitu državine pruža-

Aktuelles und historisches zur richterlichen Anerkennung des possessorischen Besitzschutzes (BGH NJW 1999, 425), *Juristische Schulung,* p. 124; Wilhelm, J., 1993, *Sachenrecht,* Berlin, p. 198; Wieling, H. J., 2006, pp. 185, 122; Füller, J. T., 2006, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen, pp. 552, 555; Müller, T., 2010, p. 42, 75, 96, 116, 142. Jedino Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 84. kažu da izraz nije baš srećan.

8 U *najširem mogućem smislu, posesornom zaštitom državine* mogao bi se zvati *svaki* oblik zaštite kojim se reaguje na smetanje državine, *svaka* sudska zaštita kojoj je uslov da je državina zasmetana (oduzeta ili uznemiravana), pošto se svakom takvom ostvaruje zaštita državine. Obuhvatala bi kako *direktnu zaštitu državine, državinsku zaštitu u užem smislu (čistu državinsku zaštitu),* kojoj je smetanje državine jedini, ili dovoljan uslov, tako i *posrednu, državinsku zaštitu u širem smislu,* tj. zaštitu državine posredstvom zaštite prava na državinu ili jačeg prava na državinu kao sastavnog dela nekog subjektivnog prava (kao što je pravo svojine, zaloge, posluge, ugovorno pravo poslenika itd.) onda kada se smetanjem državine to pravo povređuje, pa je, uz postojanje prava na državinu, smetanje državine samo jedan od uslova zaštite. Ali se u toliko širokom značenju izraz „posesorna zaštita“, koliko vidim, ne upotrebljava *nigde.* Pri takvom razlikovanju, *posesornom zaštitom u širem smislu* zvala bi se, u stvari, *petitorna zaštita* koja je namenjena zaštiti onih prava koja sadrže pravo na državinu, i to onda kada se povređuju smetanjem državine. Po tome bi se razlikovala od *ostale petitorne zaštite* prava kada se štite ili prava koja i ne sadrže pravo na državinu, ili prava koja sadrže pravo na državinu, ali onda kada se povređuje koje drugo ovlašćenje iz njihovog sastava a ne pravo na državinu, i to kada se povređuje drugačije a ne smetanjem državine.

ju sudovi. Ali razlika između posesorne i petitorne zaštite državine ponegde znači i razliku između *vrsta vlasti koje zaštitu pružaju*. U Mađarskoj, za posesornu zaštitu državine nadležan državni organ je notar pri jedinici lokalne samouprave, dok se petitorna zaštita državine ostvaruje putem suda, §§ 191, 192. Gz.⁹ U Češkoj se posesorna zaštita državine (a i detencije, § 126. st. 2. Gz) ostvaruje pred upravnom vlašću, § 5. reč. 1. Gz, a petitorna sudski, § 5. reč. 2. Gz.¹⁰ U radu ću se interesovati za svaki vid posesorne zaštite državine, nezavisno od grane vlasti.

B) NE/USLOVLJENOST SUDSKE POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE NEPOSTOJANJEM POVREDE PRAVA TUŽENOG NA DRŽAVINU, ODNOSNO DRŽAOČEVIM JAČIM PRAVOM

Posesorna zaštita zasmetane državine može na nekoliko načina biti uslovljena pravom tuženog na državinu, odnosno njegovim pravom da preduzme radnju ili održi stanje zbog kojih je tužen (skraćeno: jače pravo tuženog). Posesorna zaštita državine negde je *posve nezavisna* od razmatranja bilo kog pitanja o pravu tuženog na državinu ili radnju ili stvoreno stanje smetanja, odnosno o pravu tužioca na državinu (*apsolutna nebitnost jačeg prava tuženog, potpuna separacija*) (a). Negde pak zasmetani držalac neće dobiti sudsku posesornu zaštitu državine ako *postoji tuženikovo jače pravo* (bitnost jačeg prava tuženog) (c). Takvo rešenje bi, za razliku od prvog, mogli zvati *relativna (ili uslovna) posesorna zaštita državine*, budući da će zaštita uslediti samo u slučaju da se tuženi neosnovano poziva na svoje jače pravo, dok je u prvoj varijanti reč o *apsolutnoj (ili bezuslovnoj) posesornoj zaštiti državine*, pošto nepostojanje tuženikovog jačeg prava nikada nije uslov za zaštitu od smetanja. Sa relativnom posesornom zaštitom državine ne treba brkati to što se u posesornom postupku ispituje da li je tuženi oduzeo, odnosno uznemiravao državinu tužioca vršeći nužnu odbranu, krajnju nuždu, službenu radnju i sl. ili vršeći neko *zakonsko pravo da u pogledu stvari u državini tužioca preduzme radnju zbog koje je tužen*, i posesorna zaštita pruža samo ako nije tako (b).

a) Apsolutna nebitnost tuženikovog jačeg prava – potpuna separacija possessorium-a i petitorium-a – non-cumul princip

Da se u posesornom postupku ni na koji način (ni u vidu petitornog prigovora, ni u vidu prigovora apsorpcije, ni u vidu protivtužbe) ne može postaviti nijedno pitanje da li tuženi ima jače pravo na državinu, odnosno

9 Vékás, L., 2000, pp. 171. i d.

10 Zuklínová, M., Tschechien, u: Bar, C. von (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 2, Osnabrück, p. 108.

pravo da čini ono zbog čega je tužen – takav, *potpuno čist posesorni postupak* nije samo zamisliv nego je karakterisao rimsko i kanonsko pravo, a i danas predstavlja rasprostranjeno rešenje. Zaštita se pruža ne osvrćući se na to da li tuženi ima jače pravo od tužioca (da drži stvar, da vrši radnju zbog koje je tužen, da održi stanje stvoreno izvršenom radnjom). U rimskom¹¹ i kanonskom¹² pravu takvo jače pravo tuženog nije se uzimalo u obzir. To je tako kada se postavi kao apsolutno pravilo, bez ikakvog izuzetka, da je svako samovlašće nedopušteno, a pogotovo sila, i da se u slučaju sile ima u svakom slučaju uspostaviti pređašnje stanje silom narušeno, ne pitajući ni za šta drugo, uključujući i to da li je smetalac imalac prava.¹³ Dakle, to je sistem apsolutnog važenja restitucije, odnosno progresivne restitucije¹⁴ zasmetane državnine u slučaju smetanja državnine, bez ikakvog obzira na pravo tužioca i tuženog (*spoliatus ante omnia restituendus*)¹⁵ – sistem potpune razdvojenosti *possessorium-a* i *petitorium-a*.

U savremenom pravu srećemo ga u pojedinim državama. U nekima od njih važi pod imenom tzv. *non-cumul* principa (*la règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire, divieto di cumulo del possessorio e petitorio*). Uopšteno je formulisan u članu 1265. stav 1. Zpp (*Code de procédure civile*) Francuske kao zabrana kumuliranja posesorijuma i petitorijuma. Princip ima više aspekata, od kojih su neki istaknuti već u samim propisima, a druge su eksplicirali praksa i teorija, s tim da nema svuda istu širinu. S jedne strane, on označava nemogućnost da se u posesornom postupku, pokrenutom posesornom tužbom, raspravlja i odlučuje o posesornom zahtevu tako što bi se raspravljalo o pravu na državinu bilo tužioca bilo tuženog i odlučivalo na osnovu prava na državinu,¹⁶ kako se tumači¹⁷ i član

11 Kaser, M., Knütel, R., 2003, *Römisches Privatrecht*, München, p. 132.

12 Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 132, 136, Müller, T., 2010, pp. 22, 24.

13 Müller, T., 2010.

14 U smislu terminologije Nikolić, D., 1995, *Gradanskoppravna sankcija (Geneza, evolucija i savremeni pojam)*, Novi Sad, str. 143. i d.

15 Tako je u kanonskom pravu izraženo osnovno pravilo posesornog postupka: da onaj ko je oduzeo stvar ima da je vrati držaocu pre bilo kakvog raspravljanja o petitornom zahtevu, Wacke, A., *Besitzschutz und Selbsthilfeverbot im deutschen und italienischen Recht*, u: Mansel, H.-P. i dr. (ur.), 2004, *Festschrift für Erik Jayme*, Bd. 2, München, p. 1608.

16 Michelet, É., 1973, *La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*, Paris, pp. 77. i d., 80. i d. Po st. 2. i 3. člana 1265. Zpp Francuske dopušteno je izvoditi dokaze o pravnom odnosu i pravu tužioca ako je to potrebno da bi se razjasnilo da li ima aktivnu legitimaciju (tj. da li nije pritežalac). Up. bliže Mazeaud, H., – L. – J., Chabas, F., 1994, *Leçons de droit civil, tome II, deuxième vol., Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, Paris, n° 1458. i d. pp. 220 i d.; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, *Procédure civil (Droit interne et droit communautaire)*, Paris, n° 113. p. 147; Héron, J., Bars, T. Le, 2006, *Droit judiciaire privé*, Paris, n° 425.

17 Na primer, Trabucchi, A., 2001, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, p. 485; Eccher B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien, p. 430;

1168. stav 4. Gz (*Codice civile*) Italije da će sud odluku doneti na osnovu puke očiglednosti činjenica. Zato je nedopusšten u tom postupku kako petitorsni prigovor tuženog i prigovor petitorne apsorpcije tako i njegova petitorsna protivtužba,¹⁸ tako da je sudska posesorna zaštita obezbeđena zasmetanom držaocu u svakom slučaju, nezavisno od postojanja prava tuženog na državinu. Zatim, princip separacije znači nemogućnost da se kumuliraju posesorni i petitorsni zahtev u jednom postupku, tj. posesorna i petitorsna tužba ne mogu se zajedno podneti, što je izričito propisano u Belgiji, u članu 1371. stav 1. Zpp (*Code judiciaire/Gerechtiged Wetboek*), a što onda znači i to da nije moguće da se u jednom postupku odluči o oba zahteva.¹⁹ Nadalje, princip separacije znači da ako je podneta posesorna tužba, sve dok se pravnosnažno ne okonča posesorni postupak po njoj i, štaviše, odluka izvrši (dobrovoljno ili u postupku prinudnog izvršenja),²⁰ tuženi iz posesornog postupka ne može čak ni da pokrene petitorsni postupak protiv tužioca iz posesornog postupka, kako stoji u članu 1371. stav 3. reč. 1. Zpp Belgije od 1967,²¹ članu 705. stav 1. Zpp (*Codice di procedura civile*) Italije,²² a tako i član 27. ranije važećeg Zpp Francuske,²³ odnosno sve dok tuženi u potpunosti ne okonča smetanje državnine, član 1267. Zpp Francuske,²⁴ odnosno sve dok tužilac ne povuče tužbu i ne naknadi troškove spora, kako je propisivao član 445. stav 4. bivšeg Zpp Italije, dok po članu 923. Gz Letonije petitorsna tužba lica koje je silom oduzelo državinu neće biti prihvaćena sve dok ne vrati stvar zasmetanom i ne nadoknadi mu štetu i troškove. Konačno, u obrnutom slučaju, ako je podneta peti-

Magri, M., *Delle azioni a difesa del possesso*, u: Cendon, P. (ur.), 2009, *Commentario al Codice civile, Art. 1140–1172: Possesso*, Milano, pp. 257. i d.

- 18 Up. za Francusku Michelet, É., 1973, p. 53; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 111, p. 146, n° 114, p. 147; Héron, J., Bars, T. Le, 2006, n° 425; za Italiju Beghini, R., 2002, *Le azioni a difesa del possesso*, Padova, pp. 326. i d.; Caterina, R., *Il possesso*, u: Gambaro, A., Morello, U., 2010, *Trattato dei diritti reali, vol. 1, Proprietà e possesso*, Milano, pp. 473. i d.
- 19 Za Belgiju v. Beysen, E., Belgien, u: Bar, C. von (ur.), 2001, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 4, Osnabrück, p. 48. sa daljim upućivanjima, za Francusku Michelet, É., 1973, p. 53; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 113, p. 147; Héron, J., Bars, T. Le, 2006, n° 425.
- 20 Beghini, R., 2002, p. 332. i d.; Caterina, R., 2010, p. 475.
- 21 Za Belgiju o tome, sa upućivanjima, Beysen, E., 2001a, pp. 47, 174.
- 22 Plancker, L., Pfeifer, K., Italien, u: Bar, C. von (ur.), 2001, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 4, Osnabrück, pp. 395. i d.; Magri, M., 2009, p. 318; Caterina, R., 2010, p. 475. Odlukom Ustavnog suda Italije (*Corte costituzionale*) od 1992. uveden je izuzetak od zabrane iz člana 705. Zpp, te tuženi u posesornom sporu može i pre njegovog okončanja da pokrene posesorni postupak ako preti opasnost da bi posesorni tužilac otuđenjem tuženikove stvari ovome naneo nepopravljivu štetu.
- 23 Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 11, p. 146.
- 24 Mazeaud, H. – L. – J., Chabas, F., 1994, n° 1460. i d. pp. 222 i d.

torna tužba, ne može se u istoj stvari podneti potom i posesorna, ne samo u istom nego ni u drugom postupku, član 1371. stav 2. Zpp Belgije, član 1266. Zpp Francuske, član 443. ranijeg (ne i član 705. sada važećeg) Zpp Italije,²⁵ osim ako tužilac povuče petitornu tužbu, za šta je po nekim judikatima u Francuskoj potrebna saglasnost tuženog, a po drugima nije.²⁶ Smatra se u Francuskoj da se zasmetani držalac, odlučivši se za petitornu tužbu, samim tim odrekao posesorne zaštite, odnosno da je time izrazio da prihvata aktuelno posesorno stanje.²⁷

Većini poredaka strana je takva isključivost i oni ne sprečavaju posesorno tuženog da pokrene petitorni postupak pre okončanja posesornog i izvršenja posesorne odluke, ni da se istovremeno niti jedna za drugom podnesu i posesorna i petitorna tužba,²⁸ i strano im je takvo apsolutno pravilo o nebitnosti jačeg prava tuženog u posesornom postupku. U takvim poredcima sud ne može posesorni tužbeni zahtev da usvoji već samo zato što je došlo do oduzimanja ili uznemiravanja državine, nego tužbeni zahtev mora odbiti ako tuženi koji je oduzeo ili uznemirava državinu ima jače pravo, koje može da dokaže u vidu petitornog prigovora, ili pozivanjem na već pravnosnažnu petitornu presudu donetu u njegovu korist, ili podnoseći petitornu protivtužbu (c). Ako oduzimanje ili uznemiravanje državine koje izvrši tuženi nije protivpravno, to predstavlja jednu drugačiju i preču prepreku za usvajanje posesornog tužbenog zahteva nego što je jače pravo tuženog, pa zato prvo o tome (b).

b) Ne/protivpravnost smetanja i zakonsko pravo tuženog na radnju zbog koje je tužen

Pitanje da li tuženi ima jače pravo na državinu, odnosno na radnju zbog koje je tužen valja razdvojiti od pitanja da li u radnji tuženog u konkretnom slučaju nema protivpravnosti. To sud svakako uzima u obzir, bilo da tuženi to ističe u vidu prigovora, bilo i inače, pošto bez protivpravnosti i nema nedopuštenog smetanja državine, a onda ni posesorne zaštite. Nije reč samo o situacijama kada je tuženi postupio u *nužnoj odbrani, stanju nužde, vršeći službenu radnju ili šta drugo što je zakonski razlog isključenja protivpravnosti*. Nego nema nedopuštenosti oduzimanja i uznemiravanja, i posesorne zaštite, ni kad tuženi vrši koje *zakonsko pravo da direktno zadre*

25 Po članu 704. Zpp Italije, posesorna tužba može se podneti i u toku petitornog postupka ako je do smetanja došlo pošto je postupak počeo.

26 Upućivanja na sudsku praksu kod Müller, T., 2010, p. 127.

27 Michelet, É., 1973, n° 161; Terré, F., Simler, P., 1998, *Droit civil, tome 6, Les biens*, Paris, n° 201; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 115 p. 148; Héron, J., Bars, T. Le, 2006, n° 428.

28 Müller, T., 2010, p. 52. prim. 62. naglašava da se u Nemačkoj do te mere podrazumeva da tuženi iz posesornog postupka, i pošto je tužen, može svoje pravo na državinu da ostvari putem petitorne tužbe, da se to i ne pominje, osim posve izuzetno.

u tuđu državinu tako što je ovlašćen da sam na stvari preduzme baš radnju zbog koje je tužen, kao, na primer, da sa tuđe nepokretnosti uzme svoju stvar koja je tamo dospela, da skreše grane susedovog drveta, da suseda izloži neprekornim imisijama, da zadrži dužnikovu stvar ako ovaj o dospelosti ne izmiri obavezu. Ne postoje svuda ista zakonska prava te vrste. Primera radi, § 384. ABGB i § 962. BGB ovlašćuju vlasnika da radi hvatanja odbeglog roja pčela pređe na tuđe zemljište, dok ZGB ne poznaje takvo isključenje državinske zaštite.²⁹ Protivpravnost smetanja državnine, koliko vidim, nigde ne isključuju prava tuženog da tužilac njemu, a ne on sam, izvrši neku radnju u pogledu stvari, pa je posredi smetanje ako on oduzme ili uznemirava tužiočevu državinu kad mu tužilac ne izvrši dužnu radnju. Recimo, smetanje ne postaje dopušteno kad tužilac oduzme stvar tužiocu prema kome ima reivindikacioni zahtev, zahtev iz neosnovanog obogaćenja, zahtev iz ugovora o kupoprodaji da mu tužilac preda stvar i sl.³⁰ BGB § 863. izričito određuje da se tuženi može pozvati na svoje pravo na državinu, odnosno na izvršenje radnje smetanja samo radi dokazivanja tvrdnje da ne postoji nedopušteno samovlašće,³¹ a postojanje takvog nekog prava ne isključuje već samo po sebi postojanje nedopuštenog smetanja državnine.

c) Jače pravo tuženog

U navedenim slučajevima prepreka posesornoj zaštiti je nepostojanje nedopuštenosti smetanja. Nešto drugo je jače pravo tuženog kao prepreka zasmetanom držaocu da uspe u posesornoj parnici. Ono se u istoriji i uporednom pravu pojavljuje u tri oblika – kao prigovor jačeg prava (1), u vezi sa kojim je negde i pojava konverzije posesorijuma u petitorijum (2), kao prigovor apsorpcije (3), u vezi sa kojim se negde javlja prestignuti posesorijum (4), a negde unapred osujećeni posesorijum (5), i kao petitorna protivtužba (6).

29 Primer navodi Stark, E. W., 1984, p. 216.

30 Stark, E. W., 1984, p. 214; Stark, E. W., *Der Besitz*, Art. 919–941, u: Honsell, H. i dr. (ur.), 2003, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457–977 ZGB, Art 1-61 SchlT ZGB, Basel i dr., p. 2108; Eleftheriadou, E., Griechenland, u: Bar, C. von (ur.), 1999, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 3, Osnabrück, p. 43; Bund, E., *Besitz*, u: Gursky, K.-H. (ur.), 2007, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, München, pp. 143. i d., 182. i d.; Joost, D., *Besitz*, u: Gaier, R. (ur.), 2009, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz*, München, pp. 51. i d., 70, Gursky, K.-H., *Der Besitzschutz*, u: Westermann, H., Westermann, H. P., Gursky, K.-H., Eickmann, D., 2011, *Sachenrecht*, Heidelberg i dr., p. 155.

31 Up. Bund, E., 2007; Joost, D., 2009.

1. *Petitorni prigovor*. Dopuštenost u posesornoj parnici petitornog prigovora da tuženi ima pravo na državinu, odnosno da ima pravo da vrši smetanje državnine, izričito isključuju propisi i nekih država gde ne važi *non-cumul* princip. Na primer, § 346. ABGB i član 991.Gz Grčke.³² ABGB§ 346. određuje da državinska zaštita sleduje bez obzira na jače pravo koje tuženi može da ima, a Zpp (*Zivilprozessordnung*) u § 457, osim što određuje uopšteno da je raspravljanje u posesornom postupku ograničeno na dokazivanje činjenica poslednjeg državninskog stanja i usledelog smetanja, još i specijalno zabranjuje razmatranje mogućeg prava na državinu. Čvrsto vladajuće stanovište o isključenosti petitornog prigovora sreće se i u nekim državama gde nema o tome izričite odredbe. Tako u Nemačkoj, gde § 863. BGB ne kaže da je isključen petitorni prigovor, nego da se tuženi može pozivati na pravo na državinu ili na pravo da preduzme radnju smetanja samo radi toga da bi se utvrdilo da oduzimanje ili uznemiravanje državnine ne predstavlja nedopušteno samovlašće, vlada stav da to isključuje mogućnost petitornog prigovora.³³

Tamo gde je petitorni prigovor dopušten – član 927. stav 2. ZGB, član 506. stav 2. Stvarnog prava Lihtenštajna od 1922, član 3:125. BW, član 160. Gz Gruzije, član 181. Gz Turkmenistana, čl. 90, 92. Gz Moldavije, član 308. Gz Mongolije – posesorni tužbeni zahtev se odbija zbog toga što tuženi ima pravo na državinu, odnosno na radnju ili na stvoreno stanje zbog čega je tužen. To pravo može biti bilo stvarno, bilo obligaciono.³⁴ Ali se prigovor *ograničava* na različite načine. Član 927. stav 2. ZGB i član 506. stav 2. Stvarnog prava Lihtenštajna odnose se samo na slučaj *oduzimanja državnine*, dok je parnica povodom uznemiravanja državnine apsolutno posesorna. Tuženi koji je oduzeo državinu tužiocu ne mora da mu preda stvar samo ako je u stanju da *bez odlaganja* dokaže svoje „bolje pravo” na osnovu kojeg bi, *i ako bi izgubio posesornu parnicu*, od tužioca *opet mogao da zahteva da mu preda stvar*.³⁵ Jedan od razloga zašto se u posesornoj parnici dopušta petitorni prigovor jačeg prava vidi se u potrebi da se spreči zloupotreba prava, tj. da tužilac po odluci iz posesorne parnice dobije

32 Eleftheriadou, E., 1999, pp. 42–43; drugačije mišljenje je nav. tu, p. 43. prim. 162.

33 Up. nav. nemačke autore u prim. 30, i Müller, T., 2010, pp. 50. i d. – Joost, D., 2010, p. 167. kaže da § 863. BGB sadrži jedno od najpoznatijih pravila državninskog prava „*possessorium absorbet petiturium*“.

34 Düring, E., 1918, *Die Besitzschutzklagen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuche*, Luzern, p. 133; Stark, E. W., 1984, p. 253; Stark, E. W., 2003, p. 2117; Portmann, R., 1997, *Der Besitzschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (mit Kurzdarstellung des Besitzschutzverfahrens nach der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern)*, Entlebuch, p. 136; Opilio, A., 2010, p. II-530; Weber, F., 1975, *Die Besitzschutzklagen, insbesondere ihre Abgrenzung von den petiturischen Klagen*, Wettingen, pp. 51, 53.

35 Kritiku tog rešenja zbog omogućavanja da i grubi slučajevi samovlašća ostanu bez sankcije, i budu čak nagrađeni, v. kod Hinderling, H., *Der Besitz*, u: Gutzwiller, M. i dr. (ur.), 1977, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 1. Halbbd.*, Basel i dr., p. 455.

stvar koju bi potom opet morao vratiti tuženom: *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*. U Nemačkoj, smatra se, baš suprotno, da pravilo *dolo agit* nije ovde relevantno jer iz tog pravila proističe pravo tuženog da od tužioca samo zahteva određenu radnju, a ne pravo tuženog da on preduzme faktučku radnju direktno na stvari.³⁶ U Mađarskoj, notar je ovlašćen i obavezan da uskrati traženu posesornu zaštitu samo ako je očigledno da tražilac zaštite nema pravo na državinu, odnosno ako je očigledno da je dužan da trpi smetanje, § 191. stav 3. Gz.³⁷ Član 3:125. BW prigovor jačeg prava stavlja na raspolaganje samo *svojinskom držaocu*,³⁸ a član 160. Gz Gruzije, član 181. Gz Turkmenistana, čl. 90, 92. Gz Moldavije, član 308. Gz Mongolije, samo *nemanljivom* držaocu (koji stvar nije pribavio silom ni potajno). U Austriji, gde, kako je već rečeno, § 346. ABGB izričito isključuje petitorsni prigovor u posesornom postupku, pojavilo se mišljenje da bi petitorsni prigovor bio moguć; ne, doduše, kada se tužbom za smetanje državnine pokrene parnični postupak u kojem se primenjuju posebna pravila, nego samo kada se tužbom za smetanje državnine pokrene opšti parnični postupak.³⁹ (Član VIII–6:203. stav 4. i član VIII–6:204. stav 3. DCFR dopuštaju isticanje petitorsnog prigovora, ali uz atipične mere suda.)

Izuzetna dopuštenost petitorsnog prigovora u posesornoj parnici bila je privremeno u Italiji rezultat sudske prakse najvišeg suda (*Corte di Cassazione*), da bi potom opet bila napuštena:⁴⁰ smatralo se da je neophodno uzeti u obzir petitorsni prigovor u posesornoj parnici da se spreči da posesorni tužilac tuženom nanese nepopravljivu štetu, na primer da tužilac iz te parnice, koji na to nema ovlašćenje, otuđi stvar tuženoga, ili da se izvršenjem posesorne odluke sruši zgrada.

2. *Preobraćanje posesorijuma u petitorsijum*. Kako u nekim državama gde je petitorsni prigovor dopušten, tako i u nekima gde o tome nema posebne odredbe, sreće se stav, koji je u Švajcarskoj jedinstven, a u Nemačkoj nije, da i u posesornom sporu sud mora da se upusti u razmatranje postojanja

36 Up. nav. nemačke autore. u prim. 30, i Wilhelm, J., 1993, p. 209; Sosnitzka, O., 2003, *Besitz und Besitzschutz (Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht)*, Tübingen, p. 155. i d.; Müller, T., 2010, pp. 50. i d., 79. i d.; Gursky, K.-H., 2011, p. 165.

37 Vékás, L., 2000, p. 172.

38 A područje primene nije prošireno, v. Caspari, S., Nieper, F., Einführung in die Materie der Bücher 3, 4, und 5, u: Nieper, F., Westerdijk, A. S. (ur.), 1996, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 3, Allgemeiner Teil des Vermögensrechts*, The Hague, p. XXVI; Nieper, F., Ploeger, H., Niederlande, u: Bar, C. von (ur.), 1999, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 3, Osnabrück, pp. 170, 252.

39 Kodek, G. E., 2002, *Die Besitzstörung: materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes*, Wien, p. 1023.

40 Beghini, R., 2002, pp. 339. i d.; Caterina, R., 2010, p. 474. i d. Stav je bio izazvan odlukom Ustavnog suda od 1992, v. nav. ovde u prim. 22.

prava tuženog ako je *tužilac* sa time *saglasan*,⁴¹ i da se tada radi, u stvari, o preinačenju tužbe s pristankom tužioca i pretvaranju postupka u petitorni jer se tužbeni zahtev ne bi više zasnivao na državnini nego na pravu.⁴² Smatra se da nije kogentna nego dispozitivne prirode odredba člana 927. stav 2. ZGB o uslovima pod kojima se tuženi u posesornom postupku može pozvati na svoje jače pravo, odnosno da je dispozitivna odredba § 863. BGB o tome kada se tuženi u posesornoj parnici može pozvati na svoje pravo na državinu ili na vršenje radnje smetanja samo radi dokazivanja da nema nedopuštenog smetanja.⁴³ Protivnici u Nemačkoj ističu da je § 863. BGB kogentan jer predstavlja stvarnopravni propis;⁴⁴ da bi drugačiji stav obesmislio preventivnu ulogu posesorne zaštite kao odvracanja od samovlašća;⁴⁵ da bi tužioceve nepromišljenje izjave o tuženikovom pravu na državinu mogle olako biti shvaćene kao upuštanje u razmatranja petitornog prigovora; da bi se usporilo postupanje,⁴⁶ da interes za konačnim rešenjem spora tuženi može da ostvari podizanjem negativne utvrđujuće petitorne tužbe.⁴⁷

3. *Prigovor petitorne apsorpcije: petitorium absorbet possessorium*. Većina poredaka ne dozvoljava u posesornoj parnici petitorni prigovor, nego posesornu zaštitu uskraćuje samo ako se jače pravo onog ko je tužen u posesornoj parnici pravnosnažno utvrdi presudom u petitornom sporu. Taj prigovor apsorpcije – *petitorium absorbet possessorium*⁴⁸ (nastao u pandektistici XIX veka),⁴⁹ u stvari je jedna kvalifikovana podvrsta prigovora jačeg prava: prigovor jačeg prava, kvalifikovan okolnošću da postoji pravnosnažna presuda kojom je utvrđeno pravo tuženog na državinu, odnosno na ono zbog čega je tužen. Prigovor apsorpcije u nekim porecima izričito je statuiran propisom, recimo § 864. stav 2. BGB, članom 991. Grčkog Gz, članom 344. § 1. reč. 2. Gz Poljske. Prihvaćen je, razume se, i tamo gde je moguć i širi prigovor jačeg prava, kao u Švajcarskoj.⁵⁰ Ali i negde, kao u Austriji, gde nema nikakve odredbe ni o prigovoru apsorpcije.⁵¹

41 U Švajcarskoj tako Hinderling, H., 1977, p. 455; Stark, E. W., 1984, p. 254; u Nemačkoj Heck, P., 1930, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen, p. 53; Wolff, M., Raiser, L., 1957, *Sachenrecht*, Tübingen, p. 60; Wilhelm, J., 1993, p. 209; Müller, T., 2010, p. 51. i d.; Wacke, A., 2004, pp. 1617. i d., 1623.

42 Müller, T., 2010, pp. 51. i d.

43 Po Müller, T., 2010, p. 51. takav njen stav bi važio i da je odredba § 863. BGB kogentna.

44 Wieling, H. J., 2006, p. 207.

45 Wieling, H. J., 2006; Bund, E., 2007, p. 182; Sosniza, O., 2003, p. 162.

46 Bund, E., 2007.

47 Sosniza, O., 2003, p. 163.; Bund, E., 2007, p. 182.

48 U stvari: *petitorium manifestum absorbet possessorium*, v. Wacke, A., 2004, p. 1618.

49 Wieling, H. J., 2006, p. 211.

50 Düring, E., 1918, p. 133; Stark, E. W., 1984, p. 229. i d.; Portmann, R., 1997, p. 136.

51 Kodek, G. E., 2002, pp. 927. i d.

4. *Prestignuti posesorijum*. U § 864. stav 2. BGB izričito je rečeno da pravo na posesornu zaštitu prestaje ako je *posle akta smetanja* pravnosnažnom presudom u petitornom sporu utvrđeno pravo tuženog na državinu, odnosno na radnju zbog koje je tužen u posesornom sporu. Pravo tuženog može biti stvarno ili obligaciono.⁵² Reč je, dakle, o tome da ako posle akta smetanja *paralelno teku* posesorni i petitorni spor u istoj stvari, pa petitorna presuda postane pravnosnažna pre posesorne odluke (zvaću to *prestignuti posesorijum*), tada pravo na posesornu zaštitu državnine ima da ustukne pred petitorno potvrđenim pravom tuženog na državinu. Time se izbegava donošenje u istoj stvari posesorne odluke koja bi bila u kontradikciji sa već donetom petitornom odlukom u paralelno vođenom postupku. A samovlasno postupanje imaoca prava na državinu ne izlaže se posesornoj sankciji budući da bi prinudnim izvršenjem potonje petitorne presude ta posesorna sankcija bila ponovo poništena, zbog čega posesorna odluka postaje suvišna.

5. *Unapred onemogućeni posesorijum*. Nema, međutim, izričitog propisa o tome da li isto dejstvo (da gasi pravo na posesornu zaštitu) treba da ima pravnosnažna presuda koja je (u korist tuženog iz posesorne parnice) doneta, ne samo pre posesorne odluke nego još *pre nego što je izvršen akt smetanja državnine i pokrenuta posesorna parnica*. Potvrđan stav, da se i u takvom slučaju tuženi može pozvati na pravnosnažnu petitornu presudu, zastupa se u delu prakse i literature i tamo gde je izričito propisana apsorpcija posesorijuma kojeg je prestigao petitorijum, kao u Nemačkoj,⁵³ dok je tu većina protiv,⁵⁴ kao što pristalica nema ni u Austriji gde nema nikakve odredbe ni o prestignutom posesorijumu.⁵⁵ Ali se afirmativni stav zastupa i negde, kao u Švajcarskoj,⁵⁶ gde nema izričitog zakonskog pravila čak ni o prestignutom posesorijumu, a postoji još šira mogućnost pozivanja na likvidno, brzo dokazivo jače pravo. U tom slučaju, pravo na posesornu zaštitu državnine ne prestaje tek naknadno, zbog petitorijuma koji je prestigao posesorijum, već unapred zbog petitorijuma koji mu je prethodio.

52 Wieling, H. J., 2006, p. 212; Bund., E., 2007, p. 167; Weber, F., 1975, pp. 51, 53; Hinderling, H., 1977, p. 455; Portmann, R., 1997, p. 136.

53 Afirmativno Windscheid, B., Kipp, T., 1906, p. 821; Westermann, H., 1960, p. 103; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 85; Gursky, K.-H., 2011, p. 167; Joost, D., 2009, p. 75.

54 Na primer Heck, P., 1930, p. 54; Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 60. prim. 16; Wieling., H. J., 2006, p. 213; Bund, E., 2007, pp. 189; Sosnitza, O., 2003, pp. 167. i d.; Müller, T., 2010, p. 157. i d.

55 Ehrenzweig, A., 1957, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Bd., 2. Hälfte, Das Sachenrecht*, Wien p. 98.; Kodek, G. E., 2002, pp. 927. i d.

56 Düring, E., 1918, p. 136; Stark, E. W., 1984, p. 228; Portmann, R., 1997, p. 136.

6. *Petitorna protivtužba*. U nizu država nema nikakve odredbe o dopuštenosti petitorne protivtužbe protiv posesorne tužbe, a praksa i teorija su izgradile što negatorski stav, što afirmativan. U Švajcarskoj, gde ni o tome nema posebne odredbe, kao ni o prigovoru apsorpcije, prihvata se da tuženi iz posesorne parnice može i na taj način s uspehom da ostvari svoje jače pravo na državinu.⁵⁷ U Austriji, većina smatra da pošto jače pravo posesorno tuženi ne može u posesornoj parnici da ostvari ni putem petitornog prigovora, ne može onda ni putem petitorne protivtužbe.⁵⁸ U Nemačkoj, međutim, kao i po manjinskom mišljenju u praksi Austrije,⁵⁹ nakon što se dugo i u praksi i u teoriji smatralo da samo pravnosnažna presuda iz paralelno vođene petitorne parnice može da osujeti posesornu odluku (*petitorium absorbet possessorium* iz § 864. stav 2. BGB), vrhovni sud je, u jednom zaokretu u odnosu na prethodnu praksu, u nizu odluka stao na suprotno, tada još manjinsko stanovište iz teorije, čemu se potom priključila i većina u teoriji,⁶⁰ da posesorni tužbeni zahtev može da se odbije i onda *kad je istovremeno sa posesornom tužbom zrela za usvajanje petitorna protivtužba posesorno tuženog*. Ako bi moglo da se presudi da posesorno tuženi ima pravo na državinu stvari, tada valja odbiti posesorni tužbeni zahtev a usvojiti petitornu protivtužbu, jer bi usvajanje posesorne tužbe predstavljalo u takvom slučaju, kako je izričito formulisano, samo besciljno rastezanje i neopravdano odlaganje ostvarivanja osnovanog petitornog zahteva i jačeg prava. (I član VIII–6:203. stav 4. i član VIII–6:204. stav 3. DCFR dopuštaju petitornu protivtužbu, ali uz atipične mere suda.)

C) PRUŽANJE POSESORNE ZAŠTITE U OPŠTEM PARNIČNOM POSTUPKU, U POSEBNOM POSESORNOM POSTUPKU ILI U OBA? NE/POSTOJANJE POSEBNOG SUDSKOG POSTUPKA ZA POSESORNU ZAŠTITU I ZA ZAŠTITU PUTEV PRIVREMENE MERE

Pitajući za razlog sudske posesorne zaštite državine, ne mogu se ignorisati procesne razlike što se tiče samog postupka u kome se zaštita pruža. Reč jeste, svagda, o parnici. Ali negde taj postupak nema ništa osobeno u procesnom pogledu, dok drugde predstavlja jedan od posebnih postupaka,

57 Stark, E. W., 1984, p. 227.

58 Tako i većina prakse, up. Kodek, G. E., 2002, p. 846. i d.

59 Kod Kodek, G. E., 2002.

60 Afirmativno Wilhelm, J., 1993, pp. 209. i d.; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 85; Wieling, H. J., 2006, pp. 213. i d.; Joost, D., 2009, p. 71. i d., protiv Wolff, M., Raiser, L., 1957, pp. 59. i d. prim. 14; Sosnitzer, O., 2003, pp. 158. i d.; Bund, E., 2007, p. 185; Gursky, K.-H., 2011, p. 166; Füller, J. T., 2006, pp. 553. i d.; Müller, T., 2010, pp. 257. i d.

konstruisan pravilima drugačijim od opštih za parnični postupak (a). Takođe je razlika i u tome što negde, a što ne zavisi od toga da li je postupak za zaštitu državnine opšti ili poseban, postoji i zaštita državnine po privremenoj meri, a druge ne (b). Raznovrsnost režima u pogledu procesnog aspekta posesorne zaštite državnine tolika je da se ne može reći, kako smo inače navikli, da je posesorni postupak onaj poseban postupak u kome se ostvaruje zaštita državnine: isti tip zaštite državnine ne ostvaruje se samo u postupku jedne određene konstrukcije, nego u raznovrsnim postupcima.

a) Vrsta postupka

Već je pomenuto da postupak u kome se pruža posesorna zaštita nije negde sudski, nego zaštitu pruža upravna vlast. Redovno jeste sudski. Posesorna zaštita se tada negde ostvaruje po opštim procesnim pravilima, u opštem parničnom postupku, druge je posesorni postupak posebna ubrzana procedura (koja se i danas nekad naziva *summariissimum*), koja odstupa od opšteg parničnog postupka time što nju bitno određuje i brzina postupanja a ne samo provizornost zaštitnog učinka, jer je i sama zaštita državnine zamišljena ne samo kao nekonačna nego i kao hitna. Takav, ubrzan, bio je već postupak u kojem je pretor izdavao interdikta, a u slučaju osporavanja, kasnije sudija pružao zaštitu.⁶¹ Ali i opšta procedura ima uglavnom u uporednom pravu posebnosti kada služi raspravljanju i odlučivanju o posesornom zahtevu, opet iz razloga hitnosti potrebne zaštite.⁶²

Ako nisu, kao što nisu u Francuskoj, predviđena posebna procesna pravila za raspravljanje i odlučivanje o posesornim tužbama, tako da u praksi zasmetani držalac ne dobija znatno brže posesornu zaštitu nego što bi dobio petitornu,⁶³ tada priroda posesorne zaštite ipak traži svoje: u praksi se koristi alternativni, brži put, u novije vreme postupak pred *juge des référés*, i to od zaokreta prakse *Cour de cassation* devedesetih godina XX veka u pravcu dostupnosti tog postupka i za posesorne stvari.⁶⁴ U postupku pred *Tribunal de grande instance*, *juge des référés* može, po članu 809. stav 1, članu 808, članu 849. stav 1. i članu 848. Zpp, izdati privremenu meru (*ordonnan-*

61 Kaser, M., 1971, p. 396; Kaser, M., Hackl, K., 1996, *Das römische Zivilprozessrecht*, München pp. 408. i d.

62 Da razgraničenje, radi li se o opštem postupku ili posebnom, može biti problematično, svedoči austrijska literatura gde se postojanje posebnih procesnih pravila u okviru opšteg postupka ne smatra posebnim postupkom, ali se i naglašava da pitanje nema praktičnu važnost, v. upućivanja kod Müller, T., 2010, p. 106. prim. 71.

63 O nevelikoj razlici u pogledu trajanja postupka po posesornoj i petitornoj tužbi, v. kod Zénati, F., 1989, *Jurisprudence française en matière de droit civil* (Propriété et droits réels), *Revue trimestrielle de droit civil*, 3, p. 597.

64 Iscrpno o razvoju i sadašnjem stanju, v. sa upućivanjima na odluke i literaturu, kod Müller, T., 2010, pp. 130–133.

ce de référé) radi uspostavljanja predašnjeg stanja u slučaju „očigledno protivpravnog smetanja”⁶⁵ i hitne potrebe. Zasmeta ni držalac može da bira da li će zaštitu ostvarivati u opštem postupku ili u *référé* postupku. U *référé* postupku se ne može odlučiti, formalno gledano, o smetanju državnine, nego se odlučuje o očigledno protivpravnom smetanju koje zahteva hitnu uspostavu predašnjeg stanja, ali takvo može da bude i očigledno protivpravno smetanje državnine koje zahteva hitnu uspostavu predašnjeg stanja državnine. Zato se razlika stvarno svodi na to da tražilac sudske zaštite, ako teži hitnijoj zaštiti od one koju bi dobio u posesornom postupku, ne sme svoj zahtev da označi kao posesornu tužbu nego kao zahtev zbog očigledno protivpravnog smetanja. Kako je sudska praksa opredelila, posesorna zaštita koju zasmeta ni može da traži u *référé* postupku ne podleže režimu *non-cumul* principa u pogledu toga da tuženi ne može pokrenuti posesorni postupak pre nego što okonča smetanje, a teorija smatra da ne podleže ni drugim ograničenjima, važećim za postupak po posesornim tužbama – uslovu kontinuirane državnine u trajanju od najmanje godinu dana pre smetanja, i unapred propisanom fiksnom jednogodišnjem roku za traženje zaštite. Pojava ovakve alternative praćena je u teoriji tvrdnjama o izlišnosti daljeg opstanka tradicionalnog postupka za zaštitu državnine.⁶⁶

Bekstvo od opšte procedure za posesornu stvar u postupak izdavanja privremene mere za zaštitu zasmeta ne državnine beleži se i u Nemačkoj. Iz istog razloga: nedovoljne ubrzanosti postupka u kome se raspravlja i odlučuje o posesornim tužbama, tako da se posesorna zaštita u slučaju smetanja državnine redovno traži u postupku izdavanja privremene mere a ne posesornom tužbom.⁶⁷

Procesne posebnosti za posesornu zaštitu su raznovrsne, bilo da su organizovane kao poseban postupak ili kao modifikacije pravila o procesuiranju u opštem postupku, a potiču kako od nastojanja da se ostvari *hitna*

65 Član 809. stav 1. Zpp govori o izdavanju privremene mere u slučaju očigledno protivpravnog smetanja uopšte, a ne o protivpravnom smetanju državnine: „Le président peut toujours, même en présence d’une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s’imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite”. O privremenim merama i postupku izdavanja, v. Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 108. p. 145, n° 1045. p. 839, n° 920. i d. p. 756. i d.

66 Upućivanja kod Müller, T., 2010, p. 132. Umerenije Ferid, M., Sonnenberger, H. J., 1986, *Das Französische Zivilrecht, Bd. 2, Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht*, Heidelberg, p. 674: mogućnost delimičnog potiskivanja.

67 Müller, T., 2010, pp. 55, 58, 263. – Tvrdnju o malom broju posesornih parnica kao osnovu za tvrdnju o malom značaju sudske posesorne zaštite državnine, na koju se nailazi u gotovo svakom nemačkom komentaru i udžbeniku stvarnog prava, relativizuju Gursky, K.-H., 2011, p. 150 i Wieling, H. J., 2006, p. 185. prim. 8, a za Švajcarsku, Stark, E. W., 1984, p. 229; Ehrenzweig, A., 1957, p. 92. je naglašavao da su, za razliku od Nemačkog carstva, u Austriji posesorne tužbe svakodnevene.

zaštita u vidu brzog uspostavljanja onakvog stanja *pro futuro* kakvo bi bilo da nije bilo smetanja državnine (*status quo ante*), tako i od nastojanja da zaštita koja se pruža ne bude konačna u pogledu svojih učinaka nego da *provizorno uspostavi narušeno stanje*, bez prejudiciranja konačnog pravnog rešenja, što neki procesni zakoni i izričito kažu, kao § 459. Zpp Austrije. Radi postizanja hitnosti, skraćeni su u odnosu na opšti postupak rokovi za zakazivanje ročišta, skraćeni su rokovi za donošenje odluke, i za žalbu, ili se predviđa prekoredno uzimanje u rad posesornih predmeta, na primer u Austriji, sa obavezom da se predmet ako je moguće uzme u rad već na dan prijema tužbe, § 110. Poslovnika za sudove prve i druge instance, od 1951. Ili se ograničava raspravljanje na određeni tip pitanja. A takođe se redukuje i krug dopuštenih dokaznih sredstava. Žalba protiv konačnog rešenja ne odlaže izvršenje po § 518. Zpp Austrije⁶⁸ ili je i nema, kao u Švajcarskoj,⁶⁹ dok u Mađarskoj nikakvo pravno sredstvo nije dopušteno, § 191. stav 4. Gz, već samo preostaje mogućnost pokretanja petitorne parnice, § 192. stav 1.⁷⁰ Odluka doneta u posebnom posesornom postupku u Austriji praktično se ne može napadati iz razloga pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja i ocene dokaza, jer nema usmene rasprave, § 518. stav 3. u vezi sa članom 501. Zpp. U Italiji već sam Gz izričito kaže da sud uklanjanje smetanja državnine izriče na osnovu puke očiglednosti činjenica (*semplice notorietà del fatto*), bez odlaganja, upućujući pri tome na procesne odredbe o posesorijumu, član 1168. stav 4. Zpp. A procesne odredbe nekih švajcarskih kantona dopuštaju samo dokazna sredstva koja se promptno mogu upotrebiti, tj. koja ne vode znatnijem usporavanju postupka.⁷¹ Ograničavanje kruga pitanja o kojima se raspravlja u posesornom postupku, koje proističe iz razgraničenja posesorijuma i petitorijuma, takođe povlači za sobom ubrzanje donošenja odluke, ali i to da odluka ne može da predstavlja definitivno uređenje odnosa između strana, nego je provizorna u tom smislu da se učinci uspeha u državinskoj parnici mogu potrti u petitornom postupku. Toj provizornosti odgovara ponegde i forma odluke, koja se ne zove presuda, mada se njome meritorno rešava posesorna stvar, nego konačno rešenje, u Austriji, § 459. Zpp, a u Švajcarskoj, odluka.⁷² Ideja hitnosti i provizornosti jasno je izražena i u dvostepenoj konstrukciji posesorne zaštite u Italiji.⁷³ Sud prvo provodi

68 Iro, G., 2002, *Bürgerliches Recht, IV, Sachenrecht*, Wien, p. 32.

69 Stark, E. W., 1984, p. 231; Stark, E. W., 2003, p. 2112.

70 Vékás, L., 2000, pp. 172, 226, 227.

71 Portmann, R., 1997, pp. 193, 208.

72 Portmann, R., 1997, p. 211.

73 O preteći današnjeg italijanskog dvostepenog postupka v. Billeter, A., 1889, *Der Begriff des Besitzes nach römischem und canonischem Recht in Vergleich mit dem zürcherischen Recht*, Uster-Zürich, p. 46.

postupak za izdavanja privremene mere, a pošto izda privremenu meru, glavni sumarni posesorni postupak sledi ako to predloži bilo koja od strana u određenom roku po izdavanju privremene mere, član 669 *octies*, 703. stav 4. Zpp, izmena od 2005. Hitnost i provizornost kao osobine posesornog postupka u osnovi su i rešenja u procesnom pravu nekih švajcarskih kantona da ako tužilac nije u stanju da bez odlaganja dokaže osnovanost tužbenog zahteva, a dopuštena su samo dokazna sredstva koja se mogu bez odlaganja izvesti, tada može nadalje da se procesuiru po pravilima opšteg parničnog postupka.⁷⁴

U Portugaliji, od procesne reforme iz 1995–1996. godine ne postoji više poseban posesorni postupak, osim za slučaj da se smetanje sastoji u oduzimanju silom, član 1279. Gz, član 393. Zpp.⁷⁵ To je u skladu sa time što Gz Portugalije dopušta da se u postupku po tužbi zbog smetanja državnine tuženi brani petitornim publicijanskim prigovorom da on ima bolju državinu, odnosno time da ima svojinu, a posesorni postupak se nastavlja samo u slučaju da sud ne utvrdi da je tako, inače presuđuje u korist tužioca, član 1278. Gz Portugalije.⁷⁶

b) Spajanje posesornog i petitornog tužbenog zahteva u jednoj tužbi

Jasna je razlika među državama i u tome da li se može u jednoj tužbi objediniti posesorni i petitorni tužbeni zahtev, tj. zahtev postaviti i kao posesorni i kao petitorni, a ako može, da li postoje pravila o tome po kojem se prvo postupa. Stav prema tome nije određen (opštim ili posebnim) tipom postupka u kome se pruža posesorna zaštita.

Spajanje je isključeno u Francuskoj, gde je član 1265. Zpp izričit da to ne dopušta. Ranije važeći nemački Zpp (*Civilprozessordnung*, § 230) takođe je izričito zabranjivao da se posesorna tužba i petitorna tužba povežu u jednoj tužbi, da bi krajem XIX veka ta zabrana bila ukinuta.

U Austriji nema o tome izričite odredbe, a novija stanovišta⁷⁷ su afirmativna ali nejedinstvena u pogledu postupanja u takvom slučaju: da je to dopušteno, ali da povlači za sobom razdvajanje na posesorni postupak, koji je ubrzan, i na opšti postupak,⁷⁸ da je to dopušteno, s tim što bi tužilac birao da li će se u jednom postupku zahtev razmatrati kao petitorni ili kao posesorni, a ako se odlučio za poslednje, u slučaju nepovoljnog ishoda

74 Portmann, R., 1997, p. 193.

75 Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier Y. M. de, Portugal, u: Bar, C. von (ur.), 1999, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 3, p. 352.

76 Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier, Y. M. de, 1999, p. 353.

77 Od starijih, protiv, na primer, Ehrenzweig, A., 1957, p. 92.

78 Upućivanja kod Müller, T., 2010, p. 107. prim. 77.

mogao bi podneti novi petitorski zahtev.⁷⁹ Za razliku od ranijeg italijanskog Zpp, sada važeći to ne sprečava, a u teoriji se smatra da nema prepreke da se odvojenim tužbama to učini (litispendencija po jednoj tužbi ne sprečava podnošenje druge), dok je sporno da li je moguće kumulirati oba zahteva u istoj tužbi, ali se u praksi uglavnom dopušta.⁸⁰

Pošto je svojevremeno bila u Zpp ukinuta zabrana spajanja, u Nemačkoj je nesporno da je dopuštena kumulacija posesornog i petitorskog zahteva u jednoj tužbi. Ali dok jedni smatraju da u tom slučaju postoje dva zahteva i dva predmeta spora, drugi drže da je posredi jedan, a prvima je važan argument da samo taj stav obezbeđuje da se hitnije postupa u posesornoj stvari, što i traži njena priroda.⁸¹ I u Švajcarskoj, gde se oba zahteva mogu povezati u jednoj tužbi, naglašava se da to ne sme da u postupku dovede do usporavanja odlučivanja o posesornom zahtevu.⁸² Argumentom što veće moguće hitnosti rukovodio se i jedan stariji austrijski stav, koji baš nasuprot upravo navedenih u Nemačkoj i Švajcarskoj, isključuje mogućnost kumulacije: da ona ne dolazi u obzir zato što se po posesornom zahtevu ima hitno postupati, a raspravljanje po oba bi dovelo do usporavanja posesorne odluke.⁸³

c) Različita provizornost posesorne zaštite državnine i zaštite državnine privremenom merom

Zaštita državnine *privremenom merom* moguća je i sreće se kako u državama gde se po posesornim tužbama procesuiraju po opštim parničnim pravilima (na primer u Nemačkoj), tako i tamo gde se primenjuju posebna procesna pravila (primerice u Austriji), a u oba slučaja privremena mera se može izdati ili u postupku po posesornoj tužbi ili i van njega, po samostalnom predlogu za izdavanje privremene mere.

Negde se određuje da se u postupku gde se odlučuje o posesornom zahtevu primenjuju opšta pravila o izdavanju privremenih mera, recimo u nekim kantonima Švajcarske, a negde postoje posebna pravila za privremenu meru u posesornom postupku, drugačija od opštih pravila o privremenoj meri, tako u Austriji, § 458. Zpp,⁸⁴ i nekim švajcarskim kantonima.⁸⁵ Nailazi se, tako u Nemačkoj, i na stav da zbog prirode smetanja

79 Kodek, G. E., 2002, pp. 801. i d.

80 Sa upućivanjima na sudske odluke i lit. Beghini, R., 2002, pp. 330. i d.; Müller, T., 2010, pp. 147. i d. prim. 46, 48, 49, 50.

81 Tako Müller, T., 2010, p. 57. i tu nav. u prim. 82, 84, 85, i na p. 56. u prim. 81.

82 Stark, E. W., 1984, p. 227.

83 Fasching, H. W., 1990, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, marg. br. 1647.

84 Fasching, H. W., 1990, marg. br. 1653.

85 Portmann, R., 1997, pp. 205–206.

državine kao nedopuštenog samovlašća i posesorne zaštite kao reakcije kojom se ono suzbija, pojedini uslovi za izdavanje posesorne privremene mere moraju biti drugačiji, tj. lakši od opštih uslova za njeno izdavanje,⁸⁶ pa neki zagovaraju, primera radi, da se može izdati i ako se ne učini verovatnim postojanje posesornog zahteva,⁸⁷ što je inače u uporednom pravu uobičajeni rekvizit.

Negde je, kao u Francuskoj, kako je već rečeno, postupak za izdavanje privremene mere postao dominantno praktikovan put umesto opšteg parničnog postupka po posesornoj tužbi, i to upravo zbog nedovoljne efikasnosti ovog poslednjeg. I u Nemačkoj se iz istog razloga posesorni zahtev češće ostvaruje putem predloga za izdavanje privremene mere u postupku za izdavanje privremene mere nego posesornom tužbom u opštem parničnom postupku. Što se tiče privremene mere, rano je uvedena neka vrsta takve mere u vidu odluke u ubrzanom postupku *summariissimum*. Upravo zbog neefikasnosti dugotrajućih postupaka *possessoriuma*, *ordinariuma* i *petitoriuma*, još je praksa *ius commune* u XV veku stvorila *summariissimum* kao srednji put – da sudija može u postupku u kome se radi o državini odrediti koja će stranka držati stvar privremeno, tokom postupka, do njegovog okončanja, sa zabranom drugog da je za to vreme smeta (*interlocutorium*).⁸⁸

Ideja da posesorna zaštita treba da bude hitna i provizorna prožima konstrukciju posesorne zaštite državine uopšte. Hitnost i provizornost podjednako obeležavaju sve tri forme posesorne zaštite državine – i samopomoć, i privremenu meru, i odluku po posesornoj tužbi. Ali njihove provizornosti nisu iste.

U slučaju smetanja državine nigde nije, koliko vidim, ni mogućnost izdavanja privremene mere ni mogućnost posesorne zaštite po posesornoj tužbi uslovljena prethodnim neuspešnim pokušajem zaštite zasmetane državine putem samopomoći. (Određba o pravu-teretu /*Obliegenheit*/ kakav u Švajcarskoj zasmetanom držaocu određuje ZGB, da po smetanju državine bez odlaganja prvo vansudski zahteva od smetaoca prestanak uznemiravanja odnosno vraćanje stvari, *Einsprache*, da bi mogao da tuži, nije predviđena kao prethodni uslov i za dopuštenost samopomoći, iz razloga drugačije hitnosti – jer je vreme raspoloživo za samopomoć ionako prekratko da bi se tražila i ta radnja.)⁸⁹ Takođe, koliko vidim, ni izdavanje privremene mere

86 Stürner, R., *Einstweiliger Rechtsschutz: General Bericht*, u: Storme, M. (ur.), 2003, *Procedural Laws in Europe (Towards Harmonisation)*, Antwerp, p. 169.

87 Duffek, H., 1966, *Einstweilige Verfügung gegen verbotene Eigenmacht*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 20, p. 1346.

88 Savigny, F. C. von, 1803, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Gießen, pp. 459. i d.; Savigny, F. C. von, 1967, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Darmstadt, pp. 579. i d.; Coing, H., 1985, p. 286. i d.; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 136; Floßmann, U., 2008, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien, p. 134.

89 Portmann, R., 1997, p. 130.

ne isključuje pokretanje i uspješno okončanje posesorne parnice. U Italiji, štaviše, postupku u kojem se donosi presuda po posesornoj tužbi obavezno prethodi postupak u kojem se odlučuje o izdavanju privremene mere. Čim se izda privremena mera, posesorni postupak se ranije nastavlja na postupak izdavanja privremene mere, automatski, *ex offio*, član 703. Zpp, a od izmene 2005. godine nadovezuje se na njega samo na predlog bilo predlagača izdavanja privremene mere bilo protivnika predlagača.

Mogućnost da se, iako je izdata privremena mera, vodi posesorni postupak, mada ni on neće imati učinak petitornog presuđenja nego provizorijuma, postoji upravo zbog različite provizornosti zaštite po privremenoj meri i zaštite po odluci o posesornoj tužbi, što se može potvrditi svuda u uporednom pravu. Ako ono lice koje bi dobilo i petitornu parnicu ishodi u samostalnom postupku privremenu meru ili uspe u posesornoj parnici, tada će redovno biti dovoljno bilo jedno bilo drugo da se okonča sporna situacija između njega i druge strane, i neće uslediti petitorna parnica. Ali, ako lice koje nema pravo na državinu, te i ne bi uspelo u petitornoj parnici, uspe sa predlogom za privremenu meru, njegova pozicija neće biti jednaka kao kad je uspelo u sporu po posesornoj tužbi. I to zbog razlike u obe provizornosti. Posesorna odluka je provizorna u odnosu na petitornu, a privremena mera je provizorna još i u odnosu na posesornu odluku. Sudska posesorna zaštita po posesornoj tužbi provizorna je, nije konačna u tom smislu što onaj ko podlegne u tom postupku (a da to nije, tamo gde su oni dopušteni, rezultat petitornog prigovora, prigovora petitorne apsorpcije ili petitorne protivtužbe) može da pobedi u petitornom, i obrnuto, pobednik iz tog postupka može da izgubi petitornu parnicu. Postizanje takvog provizornog rešenja, koje nije konačno za zaštitu državine, ne treba ni izjednačavati ni mešati sa zaštitom putem privremene mere, jer ova ima dejstvo samo za trajanja posesornog postupka, odnosno do pravnosnažnosti posesorne odluke. Zaštita zasmetane državine po privremenoj meri zasniva se na *trojako* drugačijoj ideji nego posesorna zaštita po odluci u posesornom sporu, bilo da se ova pruža u opštem bilo u posebnom postupku. Zajedničko im je nastojanje za brzim rešenjem, ali 1. po privremenoj meri to je rešenje koje deluje samo unutar vremena postupka, za njegovog trajanja, do pravnosnažnog okončanja, dok odluka u posesornom postupku deluje tek od tada, i za ubuduće, čak teoretski vremenski neograničeno (tj. dok i ako petitorna odluka u istoj stvari ne ukine njeno dejstvo); 2. osim toga, privremena mera se donosi na osnovu verovatnoće osnovanosti zahteva, dok to nije dovoljno za odluku kojom se okončava posesorni postupak, bilo da je reč o posesornom postupku sa mogućnošću ili onom bez mogućnosti upuštanja u razmatranje pitanja prava tužioca na državinu, odnosno jačeg prava tuženog; 3. zbog toga privremena mera nikada u potpunosti ne sme da ostvari funkciju koju ima usvajanje posesornog tužbenog zahteva, pa zato i onda kada privremena

mera nalaže ili zabranjuje istu onakvu radnju (na primer predaju stvari, parkiranje vozila) kao i odluka po posesornoj tužbi, odluka o privremenoj meri predstavlja funkcionalni minus u odnosu na odluku kojom je meritorno raspravljen posesorni spor. Negde sud može i po službenoj dužnosti da odredi privremenu meru u posesornom postupku, na primer po članu 733. Gpp Grčke.⁹⁰

Na raznim stranama se, međutim, zagovara *ukidanje sudske posesorne zaštite državine*, i to upravo tvrdeći da je *dovoljna* petitorna parnica sa efikasno uređenom privremenom merom.⁹¹

D) POSESORNI ZAHTEV, USLOV ZA PETITORNI ZAHTEV

Atipično u odnosu na druge pravne poretke, u Mađarskoj petitorna zaštita ne može ni da se zahteva ako nije prvo zahtevana posesorna (i to od notara),⁹² a ako je notar odlukom usvojio zahtev, presumira se u petitornom sporu da zasmetani držalac ima pravo na državinu, § 192. stav 3. Gz.⁹³

III. ŠTA SE, KO SE I OD KOGA ŠTITI U POSESORNOM POSTUPKU? POSESORNO ZAŠTIĆENA DRŽAVINA, POSESORNO NEZAŠTIĆENA DRŽAVINA I POSESORNO ZAŠTIĆENA NEDRŽAVINA

„Državinska ili posesorna zaštita” = „zaštita državine”. Ovakva jednadžina, makar izgledala čak po sebi razumljiva, nije tačna. Predstavlja pojednostavljivanje, uprošćavanje predmeta posesorne zaštite koje je nepodesno da bude polazište u raspravi o razlogu posesorne zaštite. Ne može se jed-

90 Eleftheriadou, E., 1999, p. 145.

91 Recimo u Austriji, autori nav. kod: Ehrenzweig, A., 1957, p. 92. prim. 5, zatim u Bericht über den Ablauf der Arbeitssitzung der Privatrechtlichen Abteilung, 1964, u: *Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964*, Bd. II, 1. Teil, I. Referate, II. Diskussionsbeiträge, Wien, pp. 52, 79, 84, 85, i navedeni kod Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, *Besitz und Besitzschutz heute*, Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964, Bd. II, 1. Teil, p. 20, i kod Lachout, J., Der Besitz – Begriff, Bedeutung und Schutz im geltenden Recht, u: *Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages*, Wien 1964, Bd. II, 1. Teil, p. 36. prim. 55, 56; u Nemačkoj: Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 53; Füller, J. T., 2006, pp. 552–556, 567, 570 (iz niza razloga); u Češkoj: Tychý, L., Protection and Transfer of Possession, u: Faber, W., Lurger, B. (ur.), 2008, *Rules for the Transfer of Movables (A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?)*, Munich, pp. 260, 265.

92 § 192. st. 2. Gz predviđa samo dva izuzetka.

93 Vékás, L., 2000, p. 172. Suprotno tome, za Švajcarsku Stark, E. W., 1984, p. 226; Stark, E. W., 2003, p. 2111; Portmann, R., 1997, p. 135.

nostavno poći od toga da se zna šta je to šta se štiti kad se kaže da je reč o (sudskoj) posesornoj zaštiti *državine*. Jer: niti se štiti sve što je državina i svaki držalac, pošto se neke vrste državina i držalaca ne štite (B), niti se štiti samo ono što je državina i onaj ko je držalac, pošto se štiti i nedržavina (detencija, pritežanje) odnosno nedržalac (detentor, pritežalac) (C), niti koncept (model) državine, koji je usvojen u nekoj sredini, već sam određuje predmet posesorne zaštite i njegovu širinu, a ni šta se i ko ne štiti (A). Niti se ono što se štiti i onaj ko se štiti, štiti od istih smetalaca (što će se takođe videti pod B. i C), niti samo od smetalaca (o čemu u odeljku IV).

A) SAM KONCEPT DRŽAVINE NE ODREĐUJE PREDMET POSESORNE ZAŠTITE NI NJEGOV OBIM

Naizgled po sebi razumljivu stvar iskazuje rečenica: ono što jeste državina, to se i štiti državinski. Ako za čas uzmemo da je ta rečenica tačna, sledeća bi takođe iskazivala nešto naizgled po sebi razumljivo: ako je neki koncept takav da koristi širi pojam državine, tada će širi biti i krug onoga što je posesorno zaštićeno. Tada sledi iskušenje u vidu (naročito česte udžbeničke) tvrdnje: *objektivni koncept državine operiše širim pojmom državine nego subjektivni koncept, tako da je i krug posesorno zaštićenih lica, pojava i situacija širi*. Nije, ipak, tako. Recimo, mada u Nemačkoj i Švajcarskoj važi objektivni koncept državine, u Austriji, zemlji subjektivnog koncepta, ipak se pruža posesorna zaštita i nekima koji u Nemačkoj i Švajcarskoj ne uživaju takvu zaštitu (slučajevi dostavnih, dovodnih ugovora – isporuka električne energije, vode i dr.), jer se u najnovijoj nemačkoj sudskoj praksi,⁹⁴ za razliku od austrijske,⁹⁵ obustavljanje činidaba po radnjama koje se ponovljeno vrše na osnovu dostavnih ugovora ne smatra smetanjem državine, a u Švajcarskoj se ne smatra da primaoci isporuka

94 Vidi kod Joost, D., *Besitzschutz und Nutzungsinteresse*, u: Martinek, M. i dr. (ur.), 2010, *Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010*, Berlin, pp. 157. i d., Müller, T., 2010, p. 46. prim. 34; Gursky, K.-H., 2011, p. 153. prim. 10. Teorija je bila i ostala nejedinstvena, up. Wieling, H. J., 2006, p. 204; Bund, E., 2007, pp. 151. i d.; Joost, D., 2009, pp. 49–50; Joost, D., 2010, pp. 158. i d.; Gursky, K.-H., 2011, p. 153.

95 Vidi kod Kodek, G. E., 2002, pp. 105. i d., 157, 159. i d. U osnovi je razlika u pogledu toga da li se državina prava ograničava na prava koja omogućuju faktičku vlast na stvari ili postoji i bez toga kad se radi o trajnijem faktičkom vršenju sadržine prava. Teorija je razjedinjena, up. Kodek, G. E., 2002; Ehrenzweig, A., 1957, p. 63; Spielbüchler, K., *Von dem Besitze* §§ 309–352, u: Rummel, P. (ur.), 2000, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd.*, Wien, pp. 473. i d., 494. i d.; Iro, G., 2002, p. 30; Koziol, H., Welsch, R., Kletečka, A., 2006, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien, pp. 259. i d.; Eccher, B., *Erste Abteilung des Sachenrechtes, Von den dinglichen Rechten, Erstes Hauptstück, Von dem Besitze*, u: Koziol, H. i dr. (ur.), 2007, *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien, pp. 285. i d., 289.

imaju državinu (na električnoj energiji i dr.).⁹⁶ A u Crnoj Gori, gde je ta-kođe na snazi objektivni koncept, bar se u nekim slučajevima dovodnih ugovora pruža zaštita (u slučaju kada je emitent podataka, imalac baze podataka koji na ugovornoj osnovi sa korisnikom obrađuje podatke o poslovanju korisniku, i dostavlja mu ih, ovome uskratio te podatke).⁹⁷

Opet, ni u okviru država koje su usvojile isti koncept državnine ne podudaraju se po širini krugovi onoga što je posesorno zaštićeno. Na primer u Francuskoj je, kao i u Grčkoj, na snazi subjektivni koncept državnine, ali je u ovoj drugoj širi krug posesorno zaštićenih jer nije, kao u prvoj, ograničen na ponašanje koje odgovara stvarnim pravima koja se vrše u vidu faktičke vlasti na stvari, nego se kao držaoci prava smatraju i držaoci obligacionih prava, odnosno detentori koji su faktičku vlast dobili od držaoca kao zakupci, kupci po *pactum reservati dominii*, čuvari ili po sličnom odnosu, član 997. Gz Grčke.⁹⁸ Grčki Gz, uz držaoce stvari (držaoce koji imaju *animus domini*) i detentore, poznaje još i držaoce prava pod čime podrazumeva vršenje prava zaloge i službenosti, član 975. U državama subjektivnog koncepta državnine širina kruga zaštićenih zavisi od toga koje će se sve državnine prava posesorno štiti, a koncept je sposoban u tom pogledu da ni u čemu ne zaostane za objektivnim konceptom. Istorijski, postoji konstanta širenja subjektivnog koncepta državnine posle uskog izvornog rimskog koncepta državnine, preko sve brojnijih zaštićenih detentora kao kvazipositora, izvedenih držalaca, odnosno držalaca prava sa faktičkom vlašću na stvari i bez nje (jer je već u *ius commune* i kanonskom pravu državina prava protegnuta na sva prava koja su podesna da se trajnije vrše, znatno i van kruga stvarnih i obligacionih),⁹⁹ ka učvršćivanju poimanja *corpusa* kao ponašanja koje ne mora da se sastoji u faktičkoj vlasti na stvari nego koje odgovara vršenju sadržine nekog prava i bez ikakve faktičke vlasti na stvari.¹⁰⁰ U savremenom pravu to najbolje ilustruje francusko širenje, jer je ostvareno, posle uzdržanog proširivanja kroz sudsku praksu,¹⁰¹ konačno i u vidu zakonskog akta, uključenjem 1975. u *Code civil* člana 2282. (sadašnjeg 2279), uz prateće odgovarajuće procesne izmene 1981. godine Zpp, član 1264.

96 Stark, E. W., 1984, p. 224.

97 Odluka Vrhovnog suda Republike Crne Gore, Pž. 49/94 od 08.04.1994.

98 Eleftheriadou, E., 1999, pp. 31, 99.

99 Coing, H., 1985, p. 278; Coing, H., 1989, pp. 290, 341. i d., 345. i d.; Wieling, H. J., 2006, pp. 128. i d.

100 O tome, sa primerima i upućivanjima, v. Vodinelić, V. V., Šta se štiti u posesornom postupku? (O pojmu i prirodi državnine /poseda/), u: Uzelac, A. i dr. (ur.), 2013, *Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe (Liber amicorum Mihajlo Dika – Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike)*, Zagreb, str. 376. i d.

101 Goubeaux, G., *L'extension de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1976, pp. 374. i d. Vidi i prim. 153.

Prema tome, *koncept državine ne određuje sam po sebi ni predmet ni obim zaštite*. I pri neizmenjenoj osnovnoj formuli koncepta državine, može da se menja područje posesorne zaštite, u vidu širenja.¹⁰² Uz to, i to *opet bez obzira na koncept državine* koji je primenjen, ne važi u dva pravca da je državina = ono što se posesorno štiti. Takva tvrdnja je, s jedne strane, preširoka (B) a, s druge, preuska (C).

B) POSESORNO NEZAŠTIĆENA DRŽAVINA

Ni svuda, ni uvek *ne štiti se posesorno sve što se naziva državinom*. Već je u rimskom pravu bilo tako: za razliku od izraza *possessio*, koji je označavao državinu koja uživa interdiktnu zaštitu, *possessio naturalis* (tek u recepciji nazvana detencijom)¹⁰³ označavala je faktičku vlast bez interdiktne zaštite, na primer poslugoprimca, zakupca.¹⁰⁴ U oba savremena kontinentalnoevropska koncepta državine, posesorno se štite one *vrste državine kroz koje se ispoljava sam dotični koncept državine*: državina stvari i državina prava (kvaziposesija), u subjektivnom konceptu, odnosno u objektivnom, državina stvari, kako svojinska tako i upotrebna, i državina prava. Ali se sve vrste državine *ne štite uvek i svuda prema svakome: neke vrste se ne štite nikada ni od koga, a neke se ne štite samo od nekoga* (1). Takođe se *ne štiti svuda svaka državina bez obzira na njena svojstva (kvalitet)*, nego je *negde i nekad neispravni (manljivi, viciozni) držalac bez zaštite prema onome u odnosu na koga je takav, a negde nije* (2). Osim toga, zaštićenost državine zavisi negde i od *vrste stvari* na kojoj ona postoji – da li je reč o državini pokretnosti ili nepokretnosti (3). Sveukupno, u pogledu zaštite državine može da bude bitno za njeno postojanje ili nepostojanje kako to koje je vrste državina, kakvog je svojstva, i na kojoj vrsti stvari postoji, tako i to da li držaoca smeta neko treći ili ga smeta držalac određene vrste, odnosno određenog svojstva; nekad je posredi zaštita *erga omnes*, ko god bio taj koji smeta, a nekad zaštita samo *inter partes*, od određenih lica, ne od svih. Sve u svemu, znatne su razlike, istorijski i uporednopravno, u tome *ko, tj. koliko širok krug lica uživa zaštitu prema svima, a ko, tj. koliko širok krug lica ne uživa zaštitu prema nekima, i koliko je širok krug lica od kojih se ne štiti*.

1. Vrste nezaštićenih državina i prema kome se ne štite državine takvih vrsta

Prema *trećima* uživaju posesornu zaštitu i držaoci stvari i držaoci prava (u subjektivnom konceptu), i neposredni i posredni držaoci (u objektiv-

102 Na primer, o praktično jednakim dometima reformisanog francuskog rešenja i nemačkog rešenja, v. Dedek, H., 1997, pp. 364. i d.

103 Kaser, M., 1971, pp. 386, 389. i d. prim 11.

104 Kaser, M., 1971, pp. 384. i d.; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 124. i d., 127. i d.

nom). Ali držaoci prava se negde ne štite u odnosu na držaoce iste stvari, a negde se držaoci stvari štite prema držaocima prava na istoj stvari samo pod određenim uslovima (1), posredni držaoci se negde ne štite od neposrednih (2), a negde se sudržaoci jedni prema drugima štite samo od oduzimanja, ne i od uznemiravanja (3). Tabularna državnina je negde nezaštićena, dok druge uživa zaštitu (4). Nejednako se u pogledu posesorne zaštićenosti tretira i faktička vlast (državnina prava) omogućena iz puke uslužnosti (5).

1. *Odnos: držalac prava – držalac stvari.* U Francuskoj, obični *détenteur précaire*, tj. onaj ko nije ujedno držalac prava (jer ne vrši sadržinu nekog stvarnog nego nekog obligacionog prava, na primer poslugoprimac) ne uživa zaštitu ni prema *détenteur précaire* koji je ujedno držalac prava (recimo, prema plodouživaocu od kojeg je dobio stvar), ni prema držaocu sa *animus domini* (*possesseur*, primerice prema vlasniku od kojeg je dobio stvar), a štiti se od trećih. A *détenteur précaire*, i kada je ujedno držalac prava (dakle kada faktički vrši sadržinu nekog stvarnog prava a ne i obligacionog, primerice plodouživalac i zakupac), ostaje ipak posesorno nezaštićen prema držaocu stvari (vlasniku i drugom imaocu *animus domini*) koji ga smeta oduzimanjem ili uznemiravanjem, član 2278. (pre 2282) stav 2. Cc, a zaštićen je prema trećima.¹⁰⁵ U Italiji, opet, pritežalac (*detentore*) koji stvar drži u držaočevom interesu, kao čuvar, ostavoprimac, sekvestar, punomoćnik, poslugoprimac, tzv. *detentore autonomo non qualificato*, zaštićen je od trećih, ne i spram držaoaca. A u odnosu sa držaoцем stvari koji mu oduzme stvar ili ga uznemirava u faktičkoj vlasti, štiti se samo onaj pritežalac koji stvar drži u sopstvenom interesu, kao primerice poslugoprimac, poslanik, zakupac, plodouživalac, dakle svejedno da li je pravo obligaciono ili stvarno, kojeg literatura naziva *detentore autonomo qualificato*.¹⁰⁶ Takav detentor je aktivno legitimisan ako mu treći oduzme stvar, dok u slučaju uznemiravanja mora radi zaštite da se obrati držaocu, koji je dužan da tuži, član 1586. Gz. U Austriji pak držalac (lice koje je stvar dalo, recimo, zakupcu ili poslugoprimcu) štiti se od držaoaca prava (na primer od zakupca ili poslugoprimca) koji uznemirava njegovu državinu samo

105 Terré, F., Simler, P., 1998, n° 191 p. 149, n° 184. p. 143; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 119. p. 150; Voirin, P., Goubeaux, G., 2009, *Droit civil, Tome 1, Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris, p. 296; Beysen, E., 2001, Frankreich, u: Bar, C. von (ur.), 2001, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 4, Osnabrück, pp. 212, 216. Razlog je u stavu da povreda ugovorne obaveze ne može biti stvar posesornog postupka pošto predstavlja pitanje materijalnog prava. Retke su odluke koje štite detentora (držaoaca prava) spram držaoaca stvari.

106 Escher, M., 2009, Art. 1140. *Possesso*, u: Cendon, P., 2009, *Commentario al Codice civile, art. 1140–1172, Possesso*, Milano, p. 9, Caterina, R., 2010, p. 440. i d.; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien, p. 431; Beghini, R., 2002, pp. 50. i d.; Trabucchi, A., 2001, pp. 436. i d.

ako držalac prava to čini tako što prekorači granice dotadašnjeg vršenja prava.¹⁰⁷ Od držalaca prava koji držaocu oduzmu državinu smetajući državinu tako što zadrže stvar i pošto je trebalo da je vrate, držaočevoj tužbi izložen je prekarista (tj. onaj kome je stvar data na upotrebu dobročino, do svakodobnog opoziva),¹⁰⁸ a ne i neki od drugih držalaca prava, zakupac, poslugoprimac i dr., §§ 345, 346. ABGB.¹⁰⁹ Prekarista je i u rimskom pravu pre perioda raspada Carstva bio posesorno zaštićen prema trećima, ali ne i od držaoca koji mu je dao stvar.¹¹⁰

2. *Odnos: neposredni – posredni držalac.* Zaštita neposrednog držaoca od radnji posrednog je van sumnje. Zaštita *posredne državine* prema *trećima* nije svuda izjednačena sa zaštitom neposredne državine, iako jeste u većini država. U Nemačkoj, posredni držalac se štiti prema trećem samo ako postoji smetanje neposredne državine, § 869. BGB,¹¹¹ dok su u Švajcarskoj stavovi podeljeni, a po nekima se posredni držalac štiti i kada ne postoji istovremeno smetanje neposredne državine.¹¹² U *međusobnom odnosu* neposrednog i posrednog držaoca, van sumnje je samo zaštićenost neposrednog od posrednog. Predviđa je i DCFR, kako za slučaj oduzimanja državine, član VIII–6:203. stav 2, tako i uznemiravanja, član VIII–6:204. stav 2. Po vladajućem shvatanju u Švajcarskoj,¹¹³ obojica su zaštićena i od smetanja koje potiče od onog drugog, pa i posredni od neposrednog kad god se spor može rešiti bez ulaženja u pitanje o pravu i obimu prava neposrednog držaoca. U mađarskom Gz je i izričito predviđena ne samo zaštita neposrednog držaoca od posrednog nego i posrednog od neposrednog, § 188. stav 3.¹¹⁴ U Nemačkoj, međutim, čvrsto vlada stav da se posredni držalac posesorno ne štiti od neposrednog,¹¹⁵ uz retke drugačije glasove.¹¹⁶

3. *Odnos između sudržalaca.* Zaštita sudržalaca prema *trećima* je izvešna stvar. Dok se u Nemačkoj zaštita pruža u *međusobnom odnosu* sudržalaca u slučaju oduzimanja državine, isključena je u slučaju uznemiravanja

107 Kodek, G. E., 2002, p. 101; Eccher, B., 2007, p. 305; Spielbüchler, K., 2000, p. 493.

108 Ima i mišljenja da prekarista nije držalac prava nego obični pritežalac, v. Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 274; Eccher, B., 2007, p. 289. i neki od nav. u prim. 95.

109 Kodek, G. E., 2002, p. 101; Spielbüchler, K., 2000, p. 474.

110 Kaser, M., 1971, pp. 388, 400; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 126.

111 Vidi nav. u prim. 115.

112 Tako Stark, E. W., 1984, p. 218. i d.; Weber, F., 1975, p. 135; Portmann, R., 1997, p. 48. i d.

113 H. Hinderling, 1977, p. 451; Stark, E. W., 1984, p. 218. i d.; Stark, E. W., 2003, p. 2109. i d.

114 Vékás, L., 2000, p. 171.

115 Wollf, M., Raiser, L., 1957, p. 63; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 86; Wieling, H. J., 2006, pp. 248. i d.; Bund, E., 2007, pp. 234. i d., 237. i d.; Joost, D., 2009, p. 101, Gursky, K.-H., 2011, p. 172.

116 Heck, P., 1930, p. 32.

pošto se tada radi o granici upotrebe, § 866. BGB, a to pitanje granice upotrebe, smatra se, ne da se rešiti bez prava na državinu, o čemu se, međutim, ne može raspravljati u posesornom postupku.¹¹⁷ U Švajcarskoj i Austriji podeljena su mišljenja o mogućnosti zaštite od uznemiravanja, ali se pretežno uzima da narušavanje dotadašnjeg načina upotrebe predstavlja smetanje.¹¹⁸ Nijedna od tri vrste državinskih tužbi nije upotrebljiva u Francuskoj u međusobnom odnosu sudržalaca.¹¹⁹

4. *Tabularna državina* ostaje uglavnom van domena posesorne zaštite, kako prema trećima, tako i prema stvarnom držaocu.¹²⁰ Zaštita koju tabularnom držaocu bilo kog stvarnog ili obligacionog knjižnog prava na nepokretnosti, koje se može vršiti u vidu faktičke vlasti, pruža član 937. ZGB, nije, u stvari, posesorna zaštita državine nego petitorna – u osnovi to je jedna vrsta publicijanske tužbe. Tabularnom držaocu stvarne službenosti pružaju § 1029. BGB i član 919. ZGB, međutim, baš posesornu zaštitu, ali samo pod uslovom da je on i faktički držalac povlasnog dobra i da sadržinu prava vrši na poslužnom dobru (u Nemačkoj, bar jednom tokom godine dana pre smetanja, u Švajcarskoj, ponovljeno).

5. *Faktička vlast iz uslužnosti*. Kad neko vrši *actes de simple tolérance*, kojima se samo neznatno ograničava imalac stvarnog prava u vršenju svoga prava, zbog čega ih i toleriše, bez pravne obaveznosti i s mogućnošću da ih svagda zabrani,¹²¹ u Francuskoj, član 2262. (ranije 2232) CC, i Belgiji, član 2232. Gz, tada se ne smatra da uopšte ima državinu a ne samo da ne ispunjava uslov za pravna dejstva državine (nesumnjivost, izvesnost državine), pa se onda i ne štiti posesorno.¹²² (Inače, i bez svojstva nesumnjivosti, faktička vlast se štiti tužbom *réintégrandre* u slučaju oduzimanja.)¹²³ U Italiji, onaj kome je omogućeno držanje stvari iz prijateljskih razloga,

117 Bund, E., 2007, pp. 203. i d.; Gursky, K.-H., 2011, p. 171; Wieling, H. J., 2006, pp. 214. i d.; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, pp. 75. i d.; Joost, D., 2009, pp. 80. i d.

118 Up. za Švajcarsku: H. Hinderling, 1977, p. 452; Portmann, R., 1997, p. 51; Stark, E. W., 1984, pp. 221. i d., 252; Stark, E. W., 2003, p. 2110; Düring, 1918, pp. 75. i d., za Austriju: Ehrenzweig, A., 1957, p. 60; Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 276; Spielbüchler, K., 2000, p. 495; Eccher, B., 2007, p. 305.

119 Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 119, p. 150. prim. 4.

120 Nesporno u Austriji: Ehrenzweig, A., 1957, p. 54; Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 260; Iro, G., 2002, p. 18.

121 Isto važi za *actes de pure faculté*: radnje koje preduzima imalac stvarnog prava a koje utiču na stvar drugog imaooca stvarnog prava i omogućene su time što ovaj ne vrši svoje stvarno pravo, na primer na zidu svoje zgrade koji gleda na susednu nepokretnost otvori prozor ali time ne postaje držalac službenosti.

122 Mazeaud, H. – L. – J., Chabas, F., 1994, n° 1443. p. 209, n° 1446. p. 210; Terré, F., Simler, P., 1998, n° 165. i d. pp. 135. i d., n° 447. pp. 316. i d.; Beysen, E., 2001a, p. 42.

123 Mazeaud, H. – L. – J., Chabas, F., 1994, n° 1443. p. 209, n° 1446. p. 210; Terré, F., Simler, P., 1998, n° 167. p. 136, n° 447. pp. 209.

bez pravnog obvezivanja, *atti di tolleranza*, ne uživa posesornu zaštitu u slučaju oduzimanja, član 1168. stav 2. Gz.¹²⁴ U Austriji, pravno neobavezujuće, dobročino i svagda opozivo omogućavanje drugome da se služi sa stvari (prekarijum), § 974 ABGB, takođe je ograničeno šticeño, samo prema trećima, ali ne i prema onome ko je dao stvar u prekarijum.¹²⁵

2. Svojstva nezaštićenih državina i prema kome se ne štite državine takvih svojstava

Kao što vrsta državine može da bude prepreka za posesornu zaštitu, tako negde posesornu zaštitu ne uživa državina čije je svojstvo *neispravnost*, *manljivost* (vicioznost, *possession vicieuse*, *unechter Besitz*, *fehlerhafter Besitz*) (a), ili koja je *nezakonita* (b), ili koja *ne traje propisano vreme ili koja traje kratko* (c).

a) *Neispravnost, manljivost državine*

Po jednom rešenju, manljivi držalac je bez zaštite u određenom roku samo prema onome u odnosu na koga je takav, manljiv, a ne i prema trećima (relativno bitna manljivost) (1). Po jednom drugom, međutim, i manljivi uživa sudsku posesornu zaštitu prema svakome, ne samo prema trećima već i prema onome prema kome je manljiv (apsolutno nebitna manljivosti) (2).

1. *Relativno bitna manljivost – prigovor manljivosti – isključenje zaštite manljivog držaoca u odnosu na onog prema kome je takav.* Već u rimskom pravu (u vezi sa *interdictum uti possidetis*, pa potom prošireno i na druge interedikte), držalac koji je pribavio državinu silom (*vi*), potajno (*clam*) ili prekaristički (*precario*) nije šticeño samo od onoga u odnosu na koga je tako pribavio državinu.¹²⁶ I takav manljivi držalac bio je zaštićen od smetanja trećih lica. Držalac je, dakle, morao biti ispravan, nemanljiv prema onome ko ga na manljiv način smeta, da bi uživao posesornu zaštitu. Štitio se onaj ko je poslednji bio nemanljiv.¹²⁷ Nije bio apsolutan uslov za

124 Beghini, R., 2002, pp. 56. i d.; Escher, M., 2009, pp. 31. i d.; Magri, M., 2009, p. 281; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 424.

125 Ehrenzweig, A., 1957, p. 99; Spielbüchler, K., 2000, p. 474; Kodek, G. E., 2002, pp. 105. i d., 157, 159. i d.; Eccher, B., 2007, p. 289.

126 Kaser, M., 1971, p. 398; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 126, 132, 133, 134.

127 Kaser, M., 1971, p. 398. Za razliku od *interdictum uti possidetis* (zaštita državine nepokretnosti od oduzimanja), isprva je *interdictum utrubi* šticeño (od oduzimanja državine pokretnosti), ne poslednjeg mirnog (nemanljivog) držaoca, nego onoga ko je u toku godine dana koja je prethodila smetanju duže bio mirni (nemanljivi) držalac, v. Kaser, M., 1971, pp. 397–398; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 133–134. A *interdictum*

posesornu zaštitu da zasmetani držalac ni sam nije upotrebio silu ili potajno vratio stvar. Rimsko pravo pre perioda propasti Rimske imperije nije poznavalo potpunu nego samo relativnu zabranu manljivog ponašanja, odnosno samovlašća. U savremenom pravu, takođe, u mnogim porecima neispravnost, manljivost državine je relativno važna, tj. samo u odnosu između manljivog držaoca kao tužioca i onoga prema kome je manljiv, kao tuženog. Prigovor manljivosti (*exceptio vitiosae possessionis*, tako nazvan tek u srednjem veku)¹²⁸ kojeg istakne ovaj poslednji, ostavlja manljivog držaoca bez sudske zaštite. Ali to što je neki držalac manljiv, nije ni od kakvog značaja u relaciji sa bilo kim trećim koji ga smeta. To potpuno jasno iskazuje, na primer, član 917. reč. 1. i član 922. Gz Letonije: držalac koji je silom ili potajno pribavio državinu ne uživa sudsku posesornu zaštitu spram onoga koga je tako lišio državine (prigovor manljivosti). A u članu 917. reč. 2. izričito je određeno da se tuženi ne može pozivati na manljivost tužioca koji nije manljiv prema njemu nego je manljiv prema trećem. Takođe, u Francuskoj i Belgiji držalac ne uživa posesornu zaštitu spram onoga u odnosu na koga je silom ili potajno postao držalac, član 1264. Zpp Francuske u vezi sa članom 2263. (ranije 2233) CC,¹²⁹ član 1370. stav 1. tač. 3. i 4. Zpp Belgije u vezi sa članom 2233. Gz. Po §§ 339, 346. ABGB, nema pravo na sudsku posesornu zaštitu držalac koji je prema prethodnom držaocu manljiv ako je prethodni držalac (u roku od 30 dana) putem samopomoći štitio od njega svoju državinu. BGB, §§ 861. stav 2. i 862. stav 2. držaocu koji je putem nedopuštenog samovlašća oduzeo ili uznemiravao državinu ne pruža državinsku zaštitu od držaoca kojeg je on zasmetao nedopuštenim samovlašćem, ako je zasmetani prema njemu preduzeo akte samopomoći (u zakonskom roku od godinu dana od smetanja). Ni u Grčkoj neće uspeti sa tužbom manljivi držalac protiv tuženog kome je prethodno na manljiv način oduzeo ili uznemiravao državinu ako ovaj državinu vrati na isti način (pre nego što istekne godina dana), čl. 988, 990. Gz. Po članu 3:125. stav 2. holandskog BW, tuženi koji je silom ili lukavstvom, prevarom oduzeo ili uznemiravao državinu tužioca, dotadašnjeg držaoca, neće zbog manljivosti uspeti u sporu, makar imao jače pravo na državinu od tužioca. Tako i po članu 164. stav 2. Gz Azerbejdžana, članu 308. Gz Moldavije, članu 90. stav 3. Gz Mongolije, članu 181. Gz Turkmenije, tuženi koji je manljiv u odnosu na tužioca ne uživa zaštitu

de vi armata (podvrsta *interdictum unde vi*) štitio je (državinu nepokretnosti u slučaju oduzimanja od strane naoružane bande) prema manljivom smetaocu (toj bandi) bez obzira na manljivost zasmetanog prema smetaocu, Kaser, M., 1971, pp. 399–400; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 135.

128 Mayer-Maly, T., 1991, *Römisches Privatrecht*, Wien i dr., p. 36.

129 Mazeaud, H. – L. – J., Chabas, F., 1994, n° 1446. p. 210; Terré, F., Simler, P., 1998, n° 165. i d. pp. 135. i d.

od njega, sve i kada ima jače pravo na državinu od njega. Član VIII–6:203. stav 3. DCFR oduzimaoca državnine izlaže prigovoru manljivosti.

2. *Apsolutno nebitna manljivost – nepostojanje prigovora manljivosti – sudska zaštićenost manljivog i prema onome prema kome je takav.* Dok je, tako, u posesornom sporu u mnogim porecima manljivost relativno bitna – u odnosu sa onim licem prema kome je držalac manljiv, a relativno nebitna – prema svim onim trećim licima kojima držalac nije smetao državinu uopšte, ni silom, ni potajno itd., pre nego što su oni njega smetali, dotle je u nekim drugim porecima činjenica manljivosti tužioca prema tuženom zbog smetanja državnine apsolutno nebitna u posesornom postupku. Smeta li manljivog držaoca onaj prema kojem je on manljiv, ili ga smeta bilo ko treći sa kojim nema nikakvu relaciju manljivosti – isto je: podjednako će manjivi u oba slučaja uživati sudsku posesornu zaštitu. Manljivost ne umanjuje njegov kapacitet da bude sudski zaštićen. Jer manljivost nije bitna za sudsku zaštitu čak ni na relaciji manjivi držalac i onaj prema kome je manljiv – ne postoji prigovor manljivosti. Sudska diskvalifikacija manljivog ponašanja je potpuna, pa se onaj ko je do državnine došao silom, potajno itd., osuđuje zbog smetanja državnine, makar tako smetao onoga ko je prema njemu prethodno bio manljiv. Tako ZGB i Stvarno pravo Lihtenštajna ne daju prethodnom držaocu prigovor manljivosti protiv tužbe za smetanje koju je protiv njega podneo držalac koji je u odnosu na njega manljiv. Manljivom držaocu jedino se uskraćuje pravo na samopomoć prema zasmetanom kojeg je manjivo smetao a koji je bez odlaganja prema njemu preduzeo akte samopomoći, ali se manljivom smetaocu pruža sudska posesorna zaštita i od onog zasmetanog u odnosu na koga je manljiv.¹³⁰ Pošto tuženi nema prigovor manljivosti, smetalac može sa uspehom sudski zahtevati da mu stvar vrati i onaj tuženi kome ju je on oduzeo, a koju je ovaj samo vratio. Već je u postklasičnom, pa u Justinijanovom rimskom pravu gotovo sasvim ukinuta mogućnost prigovora manljivosti, *exceptio vitiosae possessionis* (da je tužilac manljiv prema tuženom, da mu je prethodno stvar oduzeo silom ili potajno ili da stvar nije vratio po opozivu iako je bio samo prekarista).¹³¹ A ni kanonsko pravo takav prigovor nije dopuštalo protiv posesorne *actio spoli*.¹³² Time je uskraćivanje sudske zaštite zasmetanom držaocu, koji štiteći se od smetanja upotrebi silu ili drugi manjivi način, postalo potpuno (a držalac koji je upotrebio sopstvenu silu protiv manljivog smetaoca, osim što je bio krivično kažnjavan zbog toga, morao je stvar da vrati smetaocu a uz to je

130 Stark, E. W., 1984, p. 206; Stark, E. W., 2003, p. 2107; Düring, E., 1918, pp. 132. i d.; Opilio, A., 2010, p. II-526.

131 Kaser, M., 1975, pp. 257. i d., 259, 260; Kaser, M., Hackl, K., 1996, pp. 411. i d.

132 Coing, H., 1985, p. 283; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 136.

gubio, delom ili u celosti, i sâmo to pravo na stvari koje je branio i ostvarivao sopstvenim silama).¹³³

b) Nezakonita državina kao prepreka za posesornu zaštitu

U uporednom pravu redovno je tako da se ni postojanje prava, ni pravnog osnova ne raspravlja u posesornom postupku, a zaštita se pruža kako zakonitom tako i nezakonitom držaocu. Međutim, bez jasnog objašnjenja, u francuskoj sudskoj praksi zakonitost državine stvarne službenosti uslov je za posesornu zaštitu povremenih i nevidljivih službenosti, pa se o zakonitosti (postojanju punovažnog osnova za sticanje službenosti) vodi računa u posesornom postupku, dok se nezakonite državine stvarne službenosti ne štite (državine vidljive i trajne uživaju posesornu zaštitu i bez uslova zakonitosti državine).¹³⁴

c) Nedovoljno trajanje državine pre akta smetanja (zaštita samo tzv. stare državine i neštićenje tzv. kratkotrajne državine)

Vremenska dimenzija državine može da bude značajna na dva načina za zaštitu.

1. *Tzv. stara državina i nedovoljno stara državina.* U nekim porecima se od nekih smetanja državina štiti samo ako je *pre akta smetanja* trajala *propisano* vreme – tzv. stara državina. Tako se zaštita putem posesorne tužbe – *complainte* (tužbe zbog uznemiravanja državine) u Francuskoj i Belgiji može tražiti jedino pod uslovom da je pre smetanja državina postojala bar godinu dana, član 2279. (ranije 2282) CC i član 1264. Zpp Francuske, član 1370. stav 1. tačka 4. Zpp Belgije. Međutim, ako je smetanje izvršeno grubom silom ili drugim agresivnim aktima, posesorna zaštita je dostupna po tužbi *réintégrandel/reintégrande* za vraćanje stvari bez obzira na to koliko je atakovana faktička vlast trajala pre akta smetanja, član 1264. reč. 2. Zpp Francuske, član 1371. stav 2. Zpp Belgije. Razlika u nekim porecima postoji u tom smislu što se držalac štiti pod težim uslovima kad je reč o zaštiti od uznemiravanja: dok za zaštitu od oduzimanja nije potrebno da je držalac pre oduzimanja imao određeno vreme mirnu državinu, bez toga sud ne sme da ga zaštiti od uznemiravanja. Trajanje mirne državine najmanje godinu dana pre akta smetanja uslov je u Francuskoj i Belgiji samo za zaštitu od uznemiravanja (tužba – *complainte*), član 1264. Zpp Francuske, član 1370. stav 1. Zpp Belgije. Gz Kvebeka, član 929. isto to traži. Tako i u Italiji, za zaštitu od istog tog oblika smetanja i za upotrebu *azione di manutenzione*, član 1170. stav 2. Gz. I u ranijem mađarskom

133 Kaser, M, 1975, pp. 258, 260.

134 Ferid, M., Sonnenberger, H. J., 1986, p. 674. prim. 94.

pravu, za zaštitu od uznemiravanja bilo je potrebno da je državina mirno i neprekidno trajala bar godinu dana pre smetanja.¹³⁵ U Portugaliji, ako zasmetani držalac do časa smetanja nije stvar držao bar godinu dana, ima pravo na posesornu zaštitu državine samo pod uslovom da smetalac ne dokaže da ima bolju državinu (tj. zakonitu, a ako je nezakonita, da je njegova državina duže trajala od tužiočeve), član 1278. stav 2. Gz. Trajanje, odnosno starost državine pre smetanja bila je relevantna već u rimskom pravu, kao uslov da bi se ishodilo *interdictum utrubi*, primenjiv kao sredstvo zaštite kako u slučajevima smetanja državine na nepokretnostima tako i na pokretnostima: odlučivalo je to u čijem je posedu stvar duže bila tokom godine dana pre izdavanja interdikta.¹³⁶

2. *Tzv. kratkotrajna državina.* Državina ne uživa posesornu zaštitu u Nemačkoj i Švajcarskoj kada je faktička vlast na stvari samo *prolazna, kratkog trajanja*.¹³⁷ Recimo, državina koju ima gost restorana u pogledu pribora za jelo, posetilac pozorišta, čitalac novina u biblioteci, lice kome je dato da pogleda kroz dvogled, da pogleda kartu grada i sl. Ali je tu pitanje da li se to, mada se zove državina (*Kurzbesitz, Momentanbesitz*), uopšte smatra državinom, ili nedržavinom, ili se, kao po nekima u Grčkoj,¹³⁸ uopšte ne smatra čak ni nedržavinom, tj. ni pritežanjem jer se uopšte ne smatra faktičkom vlašću. Neki takvi slučajevi istovremeno predstavljaju faktičku vlast iz uslužnosti, takođe problematičnu sa stanovišta posesorne zaštite (B.1.4).

3. Objekti nezaštićene državine

Za razliku od rešenja u većini država, sudska posesorna zaštita je u nekim državama *zaštita jedino državine na nepokretnostima*. U Belgiji je tako već po dikciji člana 1370. stav 1. tačka 1. Zpp, uz kritiku u pravnoj književnosti, ali bez odjeka u sudskoj praksi.¹³⁹ U Francuskoj je tako i po sudskoj praksi i u pravnoj književnosti,¹⁴⁰ mada to ograničenje ne proističe iz propisa, jer osnovna norma člana 2279. (ranije 2282) stav 1. CC i

135 Almási, A., 1923, *Ungarisches Privatrecht*, Bd. 2, Berlin i dr., p. 13.

136 Kaser, M., 1971, p. 398; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 134.

137 Za Nemačku v. Enders, P., *Der Besitztziener – Ein Typusbegriff*, Baden-Baden, 1991, pp. 65. i d.; Wieling, H. J., 2006, pp. 169. i d.; Baur, F., Baur, J. F., Stürmer, R. 1999, p. 59; Hartung, F., 2001, *Besitz und Sachherrschaft*, Berlin, pp. 126. i d.; Müller, T., 2010, pp. 41, 141, za Švajcarsku v. Jenny, K., 1915, *Der Besitzbegriff (nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch)*, Zürich i dr., p. 70; Stark, E. W., 1984, p. 53; Niggli, W. R., 1993, *Der Besitz – ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, Basel, pp. 14. i d.

138 V. kod Eleftheriadou, E., 1999, p. 31 (mada tu ima i shvatanja da je i „kratkotrajna državina” državina).

139 V. kod Beysen, E., 2001a, p. 48. i d.

140 Terré, F., Simler, P., 1998, n° 184. p. 143; Beysen, E., 2001b, p. 216.

odredbe Zpp čl. 1264. i d. govore generalno o zaštiti državine, ne diferencirajući prema vrsti stvari. Ali je sudska zaštita državine, ne po posesornoj tužbi, već u postupku izdavanja privremene mere (*référé* postupak), primenjiva i kada se smeta državina pokretnosti (II.C.a). Pojedinačno se zagovara da se zaštita po posesornim tužbama proširi i na slučajeve smetanja državine pokretnosti, ali bez podrške u praksi sudova.¹⁴¹ Kao i deo teorije, tako se i praksa čvrsto drži stava da za posesornom zaštitom državine na pokretnostima nema potrebe zato što je dovoljna petitorna zaštita koja je dostupna držaocu na osnovu zakonske presumpcije da držalac pokretnosti ima svojinu (*en fait de meubles, la possession vaut titre*), član 2276. (ranije 2279) stav 1. CC, a i zato što je na raspolaganju efikasna krivičnopravna zaštita od smetanja državine pokretnosti.¹⁴² U Italiji je jedna vrsta državinske zaštite (koja se traži tužbom *azione di manutenzione*) od uznemiravanja ograničena na nepokretnosti, član 1170. U praksi posesorne zaštite *ius commune* u XIX veku, kao već u postklasičnom rimskom pravu,¹⁴³ prigovor manljivosti nije mogao upotrebiti samo zasmetani držalac nepokretnosti, i to samo protiv jedne vrste interdikta (*unde vi*).¹⁴⁴ U nekim švajcarskim kantonima, na primer u *Basel Landschaftu*, jedna vrsta postupka za posesornu zaštitu državine (tzv. *Verbotsverfahren*) namenjena je samo zabrani protivpravnog smetanja državine na nepokretnostima i državine stvarnih službenosti, uz koju se izriče pretnja plaćanja novčane kazne ako se ne poštuje zabrana, § 247. Zpp.

C) POSESORNO ZAŠTIĆENA NEDRŽAVINA

Negde nikakva nedržavina (detencija, pritežanje, *bloßer Inhaber, Besitzdiener, auxiliaire de la possession*), i ni prema kome, ne uživa sudsku posesornu zaštitu. Recimo, ABGB § 344 govori samo o zaštiti državine, a tako i praksa i teorija¹⁴⁵ (pritežalac koji je ujedno držalac prava, sudsku posesornu zaštitu uživa u tom drugom svojstvu). BGB arg. iz § 860, i ZGB, čl. 927. i d. takođe sve odredbe o sudskoj zaštiti vezuju za državinu. Samo se sporadično u Nemačkoj može pročitati da bi pritežalac mogao da tuži u ime držaoca po čijem nalogu je vršio faktičku vlast, ako ima njegovo punomoćje,¹⁴⁶ odnosno u Švajcarskoj, da bi i pritežalac bio aktivno legitimisan ako bi to proisticalo iz držaočevog punomoćja, iz pravnog odnosa

141 Kao u prethodnoj prim.

142 Mazeaud, H. – L. – J., Chabas, F., 1994, n° 1458. p. 221; Terré, F., Simler, P., 1998, n° 184. p. 143; Beysen, E., 2001b, p. 216.

143 Kaser, M., 1975, p. 395; Kaser, M., 1971, p. 399–400; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 135, 136.

144 Coing, H., 1989, p. 374.

145 Kodek, G. E., 2002, p. 93.

146 Bund, E., 2007, p. 170; Joost, D., 2009, p. 63.

između držaoca i pritežaoaca, ili ako bi mogao da se kvalifikuje kao poslovođa bez naloga,¹⁴⁷ dok ostali i tu pritežaoцу priznaju samo pravo na dopuštenu samopomoć.¹⁴⁸

Drugde, nekad se posesorno štiti i nešto što nije državina – ono što se naziva detencija, pritežanje odnosno obično, puko pritežanje ili slično (*bloße Inhabung, Gewahrsam, détention, detenzione*). Ali, opet, isto kao što se videlo i kod držaoca, ni *posesorno zaštićeni detentor zaštitu ne uživa uvek prema svakome, nego se uglavnom pravi razlika da li ga smeta treći ili ga smeta držalac od kojeg detentor izvodi svoju faktičku vlast. Uglavnom se od trećeg štiti i detentor, dok se detentor retko štiti i od držaoca*. Tako je u rimskom pravu prekarista bio zaštićen od trećih, ali ne i od onoga ko mu je dobročino i do opoziva omogućio faktičku vlast na stvari. Ali dok je prekarista u rimskom pravu spadao u krug interdiktno zaštićenih (poput vlasnika, emfiteute, zalogoprimca i sekvestra – koji su imali *possessio civilis*, a potom i poput plodouživaoca i imaoca stvarne službenosti – koji su imali *quassi possessio*), dotle su ostali bili bez posesorne zaštite (zakupci, poslugoprimci, ostavoprimci, punomoćnici, poslenici i dr. – *possessio naturalis*), bilo da su ih smetali imaoci interdiktne zaštite, bilo treći.¹⁴⁹ Od smetanja od strane trećih štitali su se tako što je interdiktnu zaštitu tražio imalac *possessio civilis* ili *quasi possessor*. U kanonskom pravu, međutim, *actio spoli* je služila ne samo držaoцу nego i detentoru u slučaju oduzimanja stvari.¹⁵⁰ Po ALR, I 7. §§ 141. i d., §§ 146. i d. sudska posesorna zaštita nije bila ograničena na držaoca, nego ju je uživao i detentor (*bloßer Inhaber, Gewahrsam*), ali ne i prema držaoцу (*Besitzer*) za koga drži stvar, ALR, I 7. §§ 144, 162. i d.¹⁵¹ Dok u Italiji onaj ko postupa sa stvari u tuđem interesu (tzv. *detentore non autonomo*), na primer kao čuvar, poslenik, prekarista (što uglavnom odgovara austrijskom i francuskom običnom detentoru), ne uživa sudsku zaštitu ne samo u odnosu na to lice u čijem interesu postupa, dakle u odnosu na držaoca, nego ni u slučaju smetanja od strane trećeg lica, član 1168. stav 2. Gz,¹⁵² dotle se u Francuskoj

147 Jenny, K., 1915, pp. 73. i d.; Stark, E. W., 1984, pp. 53, 224–225; Stark, E. W., 2003, p. 2111.

148 Hinderling, H., 1977, pp. 422. i d.; Landmann, V., 1975, *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht*, Zürich, p. 82.

149 Kaser, M., 1971, pp. 387–390; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 125–128.

150 Savigny, F. C. von, 1803, pp. 449. i d.; Savigny, F. C. von, 1967, pp. 568. i d.; Windscheid, B., Kipp, T., 1906, p. 832; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 136; Coing, H., 1985, pp. 278, 285. i d., 288. i d.; Coing, H., 1989, pp. 380, 382; Wieling, H. J., 2006, pp. 128. i d.; Müller, T., 2010, p. 31.

151 Coing, H., 1989, p. 378; Hartung, F., 2001, p. 92.

152 Escher, M., 2009, p. 9; Caterina, R., 2010, p. 440. i d.; Magri, M., 2009, p. 280; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 431.

u državinskom postupku zaštita pruža svakom detentoru (*détenteur précaire*), ne doduše prema držaocu, ali prema trećima, član 2278. (ranije 2282) stav 2. *Code civil*, član 1264. Zpp,¹⁵³ a detentoru je i u Belgiji dostupna tužba zbog oduzimanja ili uznemiravanja državine silom ili drugim agresivnim postupcima (*réintégrande/reïntegrande*), član 1370. stav 2. Zpp.¹⁵⁴ U Češkoj je posesornom zaštitom obuhvaćena i detencija, § 126. stav 2, § 5. reč. 1. Gz.¹⁵⁵

IV. PROTIV KOGA SE MOŽE USPETI U POSESORNOM POSTUPKU? OBJEKTIVNA I SUBJEKTIVNO-OBJEKTIVNA PASIVNA LEGITIMACIJA

Niti se ono što se štiti i onaj ko se štiti, štiti od istih smetalaca (kako se videlo pod III, B. i C), niti se štiti samo od smetalaca (dalje pod A), jer je redovno pasivna legitimacija protegnuta i na druga lica (B).

A) PASIVNA LEGITIMACIJA SMETAOCA

Ne izgleda ništa tako po sebi razumljivo kao rečenica da se državina štiti od onoga ko je smeta (od smetaoca). Ali s njom ne stoji bolje nego s rečenicom da je državinska zaštita – zaštita državine. Jer nije svuda, nego je *samo ponegde* tako da je pasivno legitimisan uvek i samo onaj ko je izvršio akt smetanja. Da se s tužbom može uspeti *samo protiv smetaoca samog i samo protiv njega*, tako je bilo u rimskom pravu.¹⁵⁶ A danas je tako po članu 1281. stav 1. Gz Portugalije, ali samo za tužbu u slučaju uznemiravanja državine.¹⁵⁷ Članovi VIII–6:203. i 6:204. DCFR sada govore samo o pravu zasmetanog da podnese tužbu protiv smetaoca, pošto je izostavljena odredba iz ranije verzije da se može tužiti i univerzalni sukcesor oduzimaoca državine i nesavesni singularni sukcesor oduzimaoca.

Kada je reč o pasivnoj legitimacija smetaoca, za tužbu nije uslov ništa drugo u pogledu smetaoca do to da je on taj koji je izvršio smetanje (*objektivna pasivna legitimacija smetaoca*).

153 Kao u prim. 105. Još 1819. godine je Cour de Cassation zauzeo stav da i obični detentor može da upotrebi tužbu za povraćaj stvari (*réintégrande*), v. Dedek, H., 1997, p. 361.

154 Beysen, E., 2001a, pp. 49, 45. prim. 156.

155 Zuklínová, M., 2000, p. 108.

156 Wieling, H. J., 2006, pp. 127, 129. prim. 21.

157 V. i Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier, Y. M. de, 1999, p. 352. Isto je propisivo i član 504. ranijeg Gz Portugalije. Ranije se takav stav sretao i u pogledu francuskog prava, v. nav. kod Pfeifer, R., 1929, p. 535.

B) PASIVNA LEGITIMACIJA DRUGIH LICA

U većini država smetalac sam nije jedini pasivno legitimisani, nego se u toj ulozi mogu naći tri vrste drugih lica, kako gde.

a) Univerzalni sledbenik smetaočev

Univerzalni sukcesori smetaoca uglavnom imaju *objektivnu pasivnu legitimaciju*, dakle, bez obzira na to da li su znali za akt smetanja i za aktera.¹⁵⁸ Tako je bilo već kada je po prvi put u istoriji prava postalo moguće posesornu tužbu usmeriti i prema onome ko nije sam bio smetalac – u kanonskom pravu. Kanon *Saepe* X 2.13.18. je lišenom državine dao tužbu zbog oduzimanja državine (radi interdikta *unde vi*) ne samo protiv oduzimaoca, nego i protiv njegovog univerzalnog sukcesora, a protiv singularnog, ako je ovaj bio nesavestan.¹⁵⁹ U savremenim propisima retko se izričito kaže da nesavesnost univerzalnog sledbenika nije uslov pasivne legitimacije, kako to čini, recimo, član VIII–6:205. stav 2. DCFR, verzija iz 2007, eksplicirajući da naslednik, da bi bio izjednačen sa smetaocem, ne mora ni znati niti mora imati osnova da zna za deposediranje. Uglavnom, drugde, neuslovljenost pasivne legitimacije naslednika nesavesnošću proističe otuda što se naslednici u propisima navode među licima protiv kojih se može podneti posesorna tužba, a da se za druga lica, a ne i za njih, navodi da to važi ako znaju za smetanje i za prethodnika kao smetaoca. Tako, na primer, § 858. stav 2. BGB, a isto član 1169. GzItalije,¹⁶⁰ i član 1281. stav 2. Gz Portugalije (za tužbu za povraćaj stvari).¹⁶¹ U Švajcarskoj, gde tekst čl. 927. i 928. ZGB govori samo o smetaocu i tužbi protiv njega, ne spominjući nikog drugog kao pasivno legitimisanog, sudska praksa i literatura smatraju da se može tužiti i smetaočev naslednik, i to bez obzira na neznanje, odnosno njegovu savesnost.¹⁶²

Ali po članu 924. Gz Letonije, pošto se stvar koja je držaocu silom uzeta može zahtevati ne samo od smetaoca samog nego i od bilo kog trećeg kod koga je stvar ako taj *zna* za oduzimanje, to kao podložne tužbi *uključuje i nesavesne univerzalne sukcesore* ako je stvar kod njih.

158 Pfeifer, R., 1929, p. 535.

159 Coing, H., 1985, p. 285, 283; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 136; Wieling, H. J., 2006, p. 129; Müller, T., 2010, p. 23.

160 Caterina, R., 2010, pp. 460. i d.; Magri, M. 2009, pp. 305. i d.; Beghini, R., 2002, pp. 252. i d.; Plancker, L., Pfeifer, K., 2001, pp. 391. i d.

161 Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier, Y. M. de, 1999, pp. 426, 352.

162 Hinderling, H., 1977, p. 454; Stark, E. W., 1984, pp. 250. i d.; Stark, E. W., 2003, p. 2016, pp. 119. i d., 126. i d.; Weber, F., 1975, pp. 72. i d.; Portmann, R., 1997, pp. 119. i d., 126.

b) Singularni sledbenik smetaočev

Negde, međutim, pasivno su legitimisana i neka druga lica koja uopšte nisu izvršila akt smetanja, niti su smetaočevi univerzalni sledbenici, već su *singularni*: pribavili su stvar od smetaoca. Njihova pasivna legitimacija nije objektivna, ne zasniva se na svojstvu da su oni izvršili smetanje, ni na svojstvu da su smetaočevi univerzalni sukcesori, nego ona, s jedne strane, potiče od njihovog objektivnog svojstva da su smetaočevi *singularni sledbenici*, a, s druge strane, uslovljena je subjektivnom kategorijom njihovog sopstvenog znanja za to kako je njihov prethodnik došao do stvari (*subjektivno-objektivna legitimacija*). Takvo proširenje poteklo je, kako je rečeno, iz kanonskog prava (*Caput Saepe X 2.13.18*) kao mogućnost da se posesorno tuži i nesavesni singularni sledbenik oduzimaoca državnine.¹⁶³ U savremenom pravu, između onih koji su do stvari došli od smetaoca, najlakše je odlučiti se za to da *nalogodavac* smetanja, ako i ne bude sam shvaćen kao smetalac (u Italiji ga zovu *autore morale dello spoglio*, u Austriji, posredni smetalac), bude sa smetaocem izjednačen po sposobnosti za pasivnu legitimaciju, jer se on u stvari poslužio onim ko je izvršio akt smetanja kao svojim sredstvom.¹⁶⁴ Ali, kao da je sam izvršio smetanja tretira se i *singularni sukcesor smetaoca koji je nesavestan na neki drugi način*, recimo, lice koje je stvar kupilo ili dobilo na poklon od smetaoca, znajući kako je ovaj do nje došao,¹⁶⁵ lice u čiju korist je smetanje učinjeno, član 344. § 1. reč. 1. Gz Poljske. Pri tome se negde, nezavisno od zakonskog teksta, nesavesnim smatra samo onaj pribavilac od smetaoca koji *zna* a ne i ako ne zna, makar ne znao iz grube nepažnje, primera radi, u Grčkoj, član 984. stav 2. Gz,¹⁶⁶ a drugde i onaj koji *ne zna ali je morao znati*, na primer, u Italiji, član 1169. Gz.¹⁶⁷

U Austriji su podeljena mišljenja o pasivnoj legitimaciji nesavesnog singularnog sukcesora.¹⁶⁸ U Švajcarskoj, gde tekst čl. 927. i 928. govori samo o smetaocu i tužbi protiv njega, ne spominjući ostale kao pasivno legitimisane, sudska praksa i literatura smatraju da se može tužiti i smetaočev nesavesni singularni sledbenik u državnini, dok deo literature smatra

163 Kao u prim. 159.

164 Kodek, G. E., 2002, pp. 354. i d.; Iro, G., 2002, pp. 30. i d.; Magri, M., 2009, pp. 305. i d.; Beghini, R., 2002, pp. 252. i d.; Pfeifer, R., 1929, p. 535, Müller, T., 2010, p. 122.

165 Pfeifer, R., 1929, p. 535, Müller, T., 2010, p. 254.

166 Eleftheriadou, E., 1999, p. 40. prim. 141, 142.

167 Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 431. prim. 174. I u Grčkoj je sud u nekom slučaju smatrao pasivno legitimisanim singularnog sledbenika koji iz grube nepažnje nije znao za manljivost svog prethodnika u državnini, Eleftheriadou, E., 1999, p. 40. prim. 142.

168 Za pasivnu legitimaciju, na primer: Ehrenzweig, A., 1957, pp. 95–96; Iro, G., 2002, p. 31; protiv, na primer: Kodek, G. E., 2002, pp. 406. i d.

da je to protivno zakonskom tekstu, a da, uostalom, član 934. ZGB svakom držaocu, koji je protiv volje lišen državnine, daje mogućnost da od svakog držaoca takve stvari zahteva predaju u roku od pet godina.¹⁶⁹

c) Pasivna legitimacija svakog aktuelnog držaoca stvari u pogledu koje je izvršeno smetanje državnine

Posesorna *actio spoli* mogla je da se upotrebi ne samo protiv smetaoca samog, i njegovih nesavesnih sledbenika, nego i protiv *bilo kojeg držaoca koji potom drži stvar čije je državnine tužilac lišen putem smetanja*.¹⁷⁰ Danas, međutim, krug pasivno legitimisanih, koliko vidim, nigde ne doseže tu širinu da je bilo čiji akt smetanja u prošlosti u stanju da izloži posesornoj tužbi *bilo kojeg potonjeg aktuelnog držaoca stvari*. Ali po nekim pravima bi i *svaki aktuelni držalac*, koji nije ni univerzalni ni singularni sukcesor smetaoca, bio izložen posesornoj tužbi ako je *nesavestan*. Naime, član 1281. stav 2. Gz Portugalijske odredjuje da posesornu tužbu za predaju državnine može da podnese onaj ko je lišen državnine ili njegovi naslednici, ne samo protiv onoga ko je oduzimanje izvršio ili protiv njegovih naslednika nego i protiv svakog *onoga ko ima stvar u državnini a zna za oduzimanje*. I po članu 924. Gz Letonije, stvar koja je držaocu silom uzeta, može se zahtevati ne samo od smetaoca samog i njegovog nesavesnog univerzalnog ili takvog singularnog sukcesora nego i od *svakog trećeg* kod koga se nalazi stvar koja je držaocu silom oduzeta, jer je izričito rečeno da se predaja stvari može zahtevati ne samo od smetaoca samog nego i *od svakog trećeg kod koga je stvar a koji zna za oduzimanje silom*. U Nemačkoj, gde § 858. stav 2. BGB kaže da je manljiv onaj sledbenik u državnini koji zna za manljivost prethodnika, smatra se da to, u stvari, uključuje svakog nesavesnog potonjeg držaoca, ne samo onog koji je derivativno stekao državinu, nego i onog koji je protiv volje ranijeg smetaoca postao držalac, na primer lopov koji je pokrao lopova znajući kako je ovaj držaoca lišio državnine.¹⁷¹ Dakle, pasivno je legitimisan *svaki aktuelni nesavesni držalac* koji zna za smetanje, makar on sam ne bio ni smetalac, ni univerzalni sukcesor smetaoca, ni njegov singularni sukcesor u državnini. Dovoljno je da je stvar kod njega i da on zna za smetanje, što predstavlja jednu *objektivno-subjektivnu pasivnu legitimaciju*: objektivnu, jer je stvar kod njega, a subjektivnu, jer to nije dovoljno, nego je potrebno i da je nesavestan. Ranija italijanska

169 Kao u prim. 159.

170 O tako širokoj pasivnoj legitimaciji u kanonskom pravu, up. Savigny, F. C. von, 1803, pp. 452, 454. i d., Savigny, F. C. von, 1967, pp. 512, 513. i d., 515. i d., 573. i d.; Windscheid, B., Kipp, T., 1906, pp. 832, 834; Coing, H., 1985, p. 285.

171 Wolff, M., Raiser, L., 1957, pp. 55–56, Gursky, K.-H., 2011, p. 156; Wieling, H. J., 2006, p. 190; Bund, E., 2007, p. 154; Joost, D., p. 55.

sudska praksa pripisivala je *objektivnu pasivnu legitimaciju* aktuelnom držaocu kome je državinu omogućio raniji smetalac (na primer dajući mu stvar u zakup), ne pitajući da li je *savestan ili nesavestan*,¹⁷² kao što se svojevremeno to nije pitalo ni kod *actio spolia*.

Izloženost bilo svakog bilo nesavesnog aktuelnog trećeg držaoca posesornoj tužbi svakako je podnošljivija danas nego što je bila svojevremeno po *actio spolia*, pošto je rok za podnošenje posesorne tužbe danas znatno (više nego deset puta) kraći nego što je bio u slučaju *actio spolia* (VI.D.1), tako da je samim tim i broj takvih lica, podložnih tužbi, po redovnom toku stvari znatno manji.

V. OD ČEGA SE POSESORNO ŠTITI DRŽAVINA? ŠTA JE SMETANJE DRŽAVINE? UŽI I ŠIRI POJAM SMETANJA

Veće su razlike, istorijski i uporedno, u pogledu toga šta se i ko štiti i od koga, nego u pogledu toga od čega se štiti. Jezičke razlike ispoljavaju se u tome da li uopšte u nekoj državi postoji *skupni izraz smetanje državine* kao oznaka za ono od čega se štiti, ili su u upotrebi drugi skupni izrazi, na primer zadiranje u državinu, povreda državine, ometanje državine. I tamo gde nema nikakvog skupnog izraza u zakonu, čest je neki skupni izraz kako u pravnoj nauci tako i u praksi, bio taj izraz smetanje državine ili koji drugi za označavanje oba vida smetanja: oduzimanje i uznemiravanje državine, koji ne moraju podlegati istom pravnom režimu (A). Međutim, razlike u pogledu toga od čega se državina štiti, a što ću zvati smetanjem državine, nisu ni samo terminološke, ni eventualno razlike nekih aspekata pravnog režima jednog ili drugog vida smetanja, nego se mnogo više tiču toga: koliko široko se poima smetanje državine (B), i: koji drugi činioци utiču na to šta smetanje jeste (recimo, smatra li se smetanjem zadržavanje, tj. nevrtačanje stvari pošto prestane pravni osnov za držanje; jesu li imisije smetanje; da li osporavanje držaocu prava da drži predstavlja smetanje državine; da li je za oduzimanje državine dovoljno da držalac bude lišen državine ili je potrebno da uz to smetalac zasnuje faktičku vlast; da li je za postojanje smetanja potrebna namera ili je potrebna bar svest o smetanju, ili ni to) (C).

A) SMETANJE, ODUZIMANJE I UZNEMIRAVANJE

U nekim zakonodavstvima ne sreće se izraz smetanje državine, ali se u pravnom jeziku zakona, teorije i prakse sreću izrazi za *obe vrste pojava* za koje je taj izraz rodni pojam: za *oduzimanje državine* (*deposediranje*,

172 Vidi kod Plancker, L., Pfeifer, K., 2001, p. 392. prim. 238; Pfeifer, R., 1929, p. 535. upućuje na takav raniji stav i u Francuskoj.

deiectio) – lišavanje držaoca faktičke vlasti, i za *uznemiravanje državnine* (*turbatio*) – ograničavanje faktičke vlasti i drugo smetanje koje nije oduzimanje stvari. Ta dva vida smetanja iscrpljuju pojavu *smetanja* državnine svuda, zvala se ova negde tako (kao što postoji kao skupni izraz u Francuskoj – *trouble possessoire*, i Austriji – *Besitzstörung*) ili drugačije (u Grčkoj – *povreda državnine*, član 984. Gz, u Italiji – *la lesione del possesso*), i označavaju sveukupnost onoga od čega se državnina štiti (kako se vidi iz primera pod B.a. i B.b.). Oba vida smetanja – oduzimanje i uznemiravanje, već su u rimskom pravu uobličena kao razlog za pravnu reakciju na njih u vidu posesorne zaštite. Naime, putem *interdicta restitutoria*, i to *interdictum recuperandaepossessionis* pretor je naređivao da se držaocu vrati stvar, dok je u vidu *interdicta prohibitoria*, i to *interdictum retinendae possessionis* zabranjivao narušavanje državnine koje se ne sastoji u oduzimanju stvari nego u uznemiravanju kao drugačijem narušavanju faktičke vlasti.¹⁷³ Oduzimanje se opisuje kao lišavanje držaoca državnine, a uznemiravanje, na razne načine, koji se ipak svi svode na to da je uznemiravanje ono smetanje koje nije oduzimanje. Na primer, za uznemiravanje se kaže: da predstavlja svaku radnju koja, ne rezultirajući potpunim ukidanjem državnine, menja državinu ili otežava njeno vršenje;¹⁷⁴ da predstavlja ometanje faktičke vlasti koje ne vodi njenom potpunom ukidanju;¹⁷⁵ da predstavlja prekomerno ometanje ako ono ne vodi gubitku državnine i time umanjenju držaočevog inventara.¹⁷⁶

Razgraničenje između ta dva vida smetanja *nije uvek izvesno*,¹⁷⁷ što je uočeno već u srednjem veku,¹⁷⁸ a može biti od važnosti ako nisu isti uslovi za zaštitu od oba vida smetanja.¹⁷⁹ Tako se u Italiji od oduzimanja štite i držalac i detentor, a od uznemiravanja samo držalac, član 1170. Gz (što je razlika za koju ustavni sud nije našao da je protivna ustavu).¹⁸⁰ U Nemačkoj, rokovi za zaštitu su različiti prema tome da li je reč o oduzimanju ili uznemiravanju.¹⁸¹ U Italiji, za razliku od zaštite od oduzi-

173 Kaser, M., 1971, pp. 396, 398; Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 132.

174 Beghini, R., 2002, p. 147.

175 Joost, D., 2009, p. 48.

176 Rey, H., 1991, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I*, Bern, p. 449.

177 Pfeifer, R., 1929, pp. 528, 529; Ehrenzweig, A., 1957, p. 92; Stark, E. W., 1984, p. 208; Beghini, R., 2002, pp. 182. i d.; Wolff, M., Raiser, L., 1957, pp. 54. i d.; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 81; Wieling, H. J., 2006, p. 189; Gursky, K.-H., 2011, p. 152.

178 Coing, H., 1989, p. 345. i d.

179 Zbog tih teškoća je u *usus modernus pandectarumu*, budući da pravni režim zaštite nije bio isti za zaštitu od oduzimanja državnine, koja se tražila putem tužbe za *unde vi* i putem *actio spoli*, i za zaštitu od uznemiravanja, putem tužbe za *uti possedetis*, prepuštano samom zasmetanom držaocu da izvrši izbor, Coing, H., 1989, p. 346.

180 Beghini, R., 2002, pp. 230. i d.; Caterina, R., 2010, pp. 468. i d.

181 Vidi Gursky, K.-H., 2011, p. 152.

manja, gde se to ne traži, držalac se štiti od uznemiravanja samo ako je pre smetanja kontinuirano imao državinu bar godinu dana, član 1170. stav 2. Gz (a tu razliku ustavni sud nije smatrao protivustavnom).¹⁸² U Italiji, rok za traženje sudske zaštite od uznemiravanja je objektivian i iznosi godinu dana od uznemiravanja, član 1170. stav 1. Gz, a za traženje zaštite od oduzimanja koje je izvršeno tajno (ne i ako je silom) rok je subjektivian i iznosi godinu dana od saznanja o oduzimanju, član 1168. stav 3. U Italiji, po nekima je svest i namera smetanja potrebna samo kod uznemiravanja, a ne i kod oduzimanja.¹⁸³ *Action de réintégration* je u Francuskoj primenjiva samo ako je došlo do oduzimanja stvari silom, u kom slučaju nije uslov kao kod tužbe *complainte*, koja prvenstveno služi za zaštitu od uznemiravanja državine, da je zasmetana državina pre akta smetanja kontinuirano postojala bar godinu dana, član 1264. reč. 2. Zpp. U Nemačkoj je sudržalac zaštićen kada mu drugi sudržalac oduzme državinu, a posesorne zaštite nema kada jedan drugog uznemirava, § 866. BGB. Ako se pravo na naknadnu (ofanzivnu) samopomoć ograniči samo na vraćanje oduzete stvari, a nije predviđeno i kod uznemiravanja, kao u Nemačkoj, § 859. st. 2, 3. BGB, tada je važno da li je u konkretnom slučaju posredi oduzimanje ili uznemiravanje. Takođe je važno i ako je, kao po članu 926. stav 2. ZGB, posesorna samopomoć u vidu uzimanja oduzete stvari dopuštena samo ako je oduzimanje nasilno ili potajno, dok samopomoć u slučaju uznemiravanja nije ograničena na reakciju na uznemiravanje silom ili potajno. Dakle, u ovakvim pravnim porecima od kvalifikacije smetanja kao oduzimanja ili kao uznemiravanja može da zavisi praktična pravna pozicija zasmetanog što se tiče posesorne zaštite državine. Van tih poredaka razlika, da li se radi o oduzimanju ili o uznemiravanju, samo opredeljuje konkretnu sadržinu tužbenog zahteva kojim se traži zaštita, koja je dostupna pod jednakim uslovima u oba slučaja smetanja, tako da samo utoliko nadilazi informativnu ulogu da predoči u čemu se sve smetanje može sastojati. Teškoću u razgraničenju može da predstavlja ako se, kao u Austriji,¹⁸⁴ smatra da je uslov za postojanje bilo kog smetanja – dakle, ne samo oduzimanja nego i uznemiravanja – da postupak smetaoca sadrži elemente sticanja državine na stvari. Tada to vodi sužavanju područja primene posesorne zaštite, jer se ne smatra smetanjem i ne sleduje posesorna zaštita kada nema elementa sticanja državine smetanjem, kao što se tvrdi da je slučaj sa prekomernim imisijama.

182 Kao u prim. 180.

183 Trabucchi, A., 2001, p. 484; Beghini, R., 2002, pp. 89. i d., pp. 188. i d.; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, pp. 431. prim. 179, 432. prim. 185.

184 Tako sudska praksa i lit., v. Spielbüchler, K., 2000, pp. 496. i d.; Eccher, B., 2007, p. 304.

B) UŽI I ŠIRI POJAM SMETANJA

Smetanje u vidu oduzimanja ili uznemiravanja, kao ono od čega se državina štiti, bilo je u rimskom pravu uže shvaćeno – obuhvatalo je manje pojava, tj. nekoliko određenih situacija, da bi u novijoj istoriji bilo prošireno i na druge slučajeve, a na kraju iskazano generalnom klauzulom. Do današnjeg dana će rimsko poimanje smetanja kao oduzimanje ili uznemiravanje državine *silom, potajno i zloupotrebom poverenja (vi, clam, precario)*, i terminologija kojom se smetanje opisuje, ostati u upotrebi u pozitivnom pravu država sa starijim kodifikacijama iz prve generacije. Taj izvorni, rimskopravni pojam smetanja negde je proširen bilo *izričitim navođenjem još nekih pojava* uz oduzimanje i uznemiravanje *vi, clam* i *precario modo* (na primer, smetanje lukavstvom, prevarom), bilo i bez takvog tekstualnog proširenja *širokim tumačenjem nekih tradiranih izraza* (naročito širokim poimanjem smetanja *silom*), što sve još uvek predstavlja *uži pojam smetanja* (a). *Širi pojam*, koji smetanje državine određuje kao oduzimanje ili uznemiravanje državine *nedopuštenom samovlašću*, širi se u savremenom pravu naročito pod uticajem BGB (b).

a) Uži pojam smetanja

U tradiciji rimskog prava smetanje znači lišavanje ili uznemiravanje *aut vi aut clam aut precario modo*.¹⁸⁵ Viciozni držalac u rimskom pravu beše onaj koji je do državine došao *silom, potajno ili na izmoljeni način (possessio vitiosa)*.¹⁸⁶

U ALR i u ABGB zakonski tekst je vicioznost proširio za *lukavstvo (prevaru)*. ALR pritežao i držao priznaje zahtev za povraćaj državine, odnosno prestanak uznemiravanja ako je državina bila mirna pre toga (*ruhiger Besitz*), I 7. § 154, a oduzimanje, odnosno uznemiravanje je izvršeno *silom ili lukavstvom (prevarom) potajno ili na izmoljen način*, I 7. §§ 146, 147, 150. (Zahtev za povraćaj od onoga ko nije manljiv na opisane načine, uslovljen je time da raniji držalac ima jače pravo na državinu, I 7. § 161.) Po ABGB, manljiv je onaj držalac koji je to postao *silom ili potajno, bilo lukavstvom (prevarom) bilo zloupotrebom izmoljenog*, § 345, a tužba zbog oduzimanja državine može se podneti protiv svakog manljivog držaoca, § 346. U teoriji i sudskoj praksi, međutim, kada je reč o terminima, sve je ostalo pri tri izraza kojima se označavaju tri tradicionalna načina smetanja: *silom, potajno i zloupotrebom na molbu datog*. Ali je, s jedne strane, došlo do *proširenja klasičnog pojma sile*: to je sada svaka radnja ko-

185 Gaius 4.151: „[...] Sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisitam, non datur accessio [...]”.

186 Kaser, M., 1971, p. 397.

jom se savladava držaočev otpor, ma i verbalni.¹⁸⁷ A, s druge strane, opšte je prihvaćeno da državina ne uživa zaštitu samo od manljivog držaoca, odnosno takvog smetaoca (tj. od oduzimanja ili uznemiravanja silom, potajno i zloupotrebom izmoljenog) nego od svakog *samovlasnog* smetanja i smetaoca¹⁸⁸ (na šta ću se ubrzo vratiti).

U jednoj grupi Gz nije tekstualno širen krug modaliteta vicioznosti, niti se smetanje državine od kojeg se državina štiti opisuje kao samovlasno. Italijanski Gz opisuje ono od čega se štiti državina kao oduzimanje *silom* ili *potajno*, član 1168. stav 1, odnosno kao takvo uznemiravanje, član 1170. stav 2. Jedna vrsta zahteva bila je tradicionalno predviđena za slučajeve smetanja državine silom i aktima agresije, *reintegrande*, Belgija, *action en réintégration*, član 1264. Zpp Francuske, *azione di reintegrazione*, član 1168. Gz Italije. U okviru te terminologije (sila, potajno, zloupotreba izmoljenog), proširenje područja onoga od čega se državina štiti postiže se *ekstenzivnim tumačenjem pojedinih izraza koji stoje za vidove smetanja državine*. Tako se u Belgiji sila shvata široko, ne samo kao materijalna, nego i kao nematerijalna.¹⁸⁹ U Italiji se shvata takođe vrlo široko, obuhvatajući mnoge načine postupanja za koje se samo traži da su protiv stvarne ili pretpostavljene volje držaoca i pritežaoca u smislu da se on nije ili ne bi saglasio, dozvolivši ih ili odobrivši,¹⁹⁰ zbog čega izlazi na to da u stvari i nema oduzimanja koje bi bilo nenasilno. Zbog tako širokog poimanja sile desilo se da je tužba za povraćaj stvari iz člana 1170. stav 3. Gz, tzv. *azione di manutenzione recuperatoria*, iako ne traži da je držalac lišen državine ni silom ni prevarom (tzv. *spolio semplice*), praktično retka u poređenju sa *azione di reintegrazione* protiv oduzimanja silom ili potajno.¹⁹¹ I u italijanskom tekstu člana 927. ZGB (umesto o nedopuštenom samovlašću, kao u nemačkom tekstu) govori se o nedopuštenoj sili, ali se, kao i u Italiji, i u Švajcarskoj već od početka to shvata mnogo šire od sile u užem smislu.¹⁹² Negde je već sam propis proširio pojam sile, na primer Gz Portugalije, član 1261, opisujući nasilnu državinu kao onu za koju je, da bi mogla biti stečena, upotrebljena fizička ili *psihicka* („moralna”) *prisila*.¹⁹³

187 Eccher, B., 2007, p. 312.

188 Iro, G., 2002, p. 29; Kodek, G. E., 2002, pp. 311. i d.; Eccher, B., 2007, p. 312.

189 Beysen, E., 2001a, p. 42.

190 Trabucchi, A., 2001, p. 484; Beghini, R., 2002, pp. 89. i d.; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 431.

191 Beghini, R., 2002, pp. 214. i d.; Magri, M., 2009, p. 334.

192 Vidi na primer Curti-Forrer, E., *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (mit Erläuterungen)*, Zürich, 1911, p. 675: „Dovoljno je i obično namerno smetanje, koje nije ni nasilno ni potajno”. Na svakom od tri jezika upotrebljeni izrazi u ZGB su različiti, ali su dobili jedinstveno tumačenje, v. Weber, F., 1975, p. 42.

193 Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier, Y. M. de, 1999, pp. 349, 423.

Prelaz ka novijem i širem pojmu manljivosti smetanja kao *samovlašća, samovlasnog postupanja*, najavljen je odredbama ABGB. ABGB kaže da niko nije ovlašćen da *samovlasno (eigenmächtig)* smeta državinu, kakva god ona bila, a zasmetani ima zahtev za zabranu smetanja, § 339, s tim što se povraćaj u predašnje stanje može tražiti od svakog manljivog držaoca, § 346, a manljiv je onaj držalac koji je to postao *silom, potajno, lukavstvom, prevarom, ili na izmoljeni način*, § 345. *Samovlasnim* smetanjem se u sudskoj praksi i pravnoj književnosti smatra (pošto sam ABGB nije odredio značenje izraza) svako *protivpravno* smetanje, ako ne postoje razlozi isključenja protivpravnosti u vidu pristanka držaoca, službene radnje, nužne odbrane, stanja nužde i drugog zakonskog ovlašćenja.¹⁹⁴

b) Širi pojam smetanja

Šire od odredaba ranijih Gz, BGB¹⁹⁵ smetanje određuje kao oduzimanje ili uznemiravanje u vidu svakog *nedopuštenog samovlašća*, odnosno *samovlašće* kao *oduzimanje ili uznemiravanje državnine bez pravnog osnova*. Smetanje i u Nemačkoj i u Švajcarskoj mora da bude samovlasno (*eigenmächtig*) i protivpravno (*verbotene Eigenmacht*). BGB razlikuje oduzimanje i uznemiravanje državnine, §§ 858. stav 1, 861, 862, i na oba oblika nadovezuje zaštitu ako su samovlasni, što znači (kako se vidi iz teksta same odredbe): bez i/ili protiv volje držaoca (*eigenmächtig*, § 858. st. 1. i 2) i protivpravni, što znači: bez zakonskog dopuštenja (*widerrechtlich*, § 858. stav 1). BGB izričito kaže da je državina, stečena zabranjenom samovlašću, manljiva (*fehlerhaft*), § 858 stav 2. Za razliku od ALR i ABGB, koji navode vidove manljivosti, BGB oblike samovlašća, odnosno manljivosti ne navodi ni taksativno, a ni primera radi. Ni član 343. Gz Poljske ničim bliže ne određuje izraz samovlasno smetanje državnine. ZGB takođe razlikuje oduzimanje državnine putem zabranjenog samovlašća, član 927, i smetanje državnine putem zabranjenog samovlašća, član 928. ZGB ne definiše zabranjeno samovlašće. Ali, u članu 926. stav 2. ZGB govori o oduzimanju državnine silom ili potajno, jer su tvorac ZGB *Eugen Huber*

194 Ehrenzweig, A., 1957, p. 88; Bydliniski, P., 1998, Die Eigenmacht im Besitzstörungsrecht, *Österreichische Richterzeitung*, 2, pp. 97. i d.; Spielbüchler, K., 2000, pp. 497. i d.; Eccher, B., 2007, pp. 303. i d.; Iro, G., p. 29; Koziol, H., Welser, R., Kletečka, A., 2006, pp. 275–276; Kodek, G. E., 2002, pp. 200. i d. (on manljivo izjednačava sa samovlasnim, pp. 344. i d.).

195 Rimska i potom tradirana trojaka struktura smetanja (*aut vi aut clam aut precario*) napuštena je u toku izrade BGB i zamenjena izrazom zabranjeno samovlašće (*verbotene Eigenmacht*) kao zajedničkim opisom činjeničnog stanja koje daje pravo na zaštitu kako u slučaju oduzimanja, tako i uznemiravanja, Schubert, W., 1966, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (Ein Beitrag zur Entstehung des BGB)*, Berlin, p. 71.

i zakonodavna komisija smatrali samovlašće nedopuštenim samo ako je smetalac postupao silom ili potajno.¹⁹⁶ Međutim, sudska praksa i pravna književnost razumeju je kao svako zadiranje u državinu bez volje držaoca, ako ne postoje razlozi isključenja protivpravnosti (službena radnja, nužna odbrana, stanje nužde i drugo zakonsko ovlašćenje za radnju smetanja).¹⁹⁷ Građanski zakonik Azerbejdžana u članu 164. stav 1. kaže uže: „Oduzimanje ili uznemiravanje državine bez saglasnosti držaoca predstavlja nedopušteno samovlašće. Takav držalac je ovlašćen da primeni silu radi zaštite od nedopuštenog samovlašća.”

Grčki Gz zanimljiv je zbog upotrebe izraza „povreda državine” (u rubrumu člana 984) koji, međutim, ima istu širinu kao zabranjeno samovlašće, jer se u članu 984. kaže da se državina povređuje bilo uznemiravanjem bilo oduzimanjem, koji su protivpravni i bez volje držaoca, stav 1, a da je tako stečena državina manljiva, stav 2.¹⁹⁸

Podjednaku širinu ima i određenje Gz Mađarske, § 188. stav 1, da se držalac štiti od *samovlašća*, koje je posredi kada je *bez pravnog osnova* držaocu oduzeta državina ili je uznemiravan u državini. Naglašava se da nepostojanje pravnog osnova za oduzimanje i uznemiravanje državine nije podudarno sa nezakonitom državinom,¹⁹⁹ niti je ono po sebi dovoljno za postojanje zabranjenog samovlašća, kao što ni sila i lukavstvo, prevara nisu jedini vidovi nedopuštenog samovlašća, jer i smetanje u zabludi predstavlja postupanje bez pravnog osnova.²⁰⁰

Potencijalno najšire je izražavanje, kao ono u teoriji i praksi Francuske ili Belgije, da se državina štiti od smetanja (*trouble possessoire*) koje znači *voljni akt koji implicira suprotnost državini*, koji je nespojiv s njom, bile to fizičke radnje (*trouble de fait*), bile pravno-poslovne ili njima slične radnje (*trouble de droit*),²⁰¹ pa se smetanjem državine smatra, recimo, i kada se zakupac navodi da ne plaća zakupninu vlasniku, ili ako se u sudskom posesornom postupku neistinito tvrdi da tužilac nije držalac.²⁰²

196 Huber, E., 1914, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments*, 2. Bd., *Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900*, Bern, p. 388. Tu i objašnjenje zašto je izostavljena zloupotreba izmoljenog (prekarijum).

197 Stark, E. W., 1984, pp. 209. i d.; Stark, E. W., 2003, pp. 2107. i d.; Düring, E., 1918, pp. 89. i d.; Weber, F., 1975, pp. 39. i d.; Portmann, R., 1997, pp. 63. i d., 65.

198 Eleftheriadou, E., 1999, pp. 37, 39.

199 Vékás, L., 2000, p. 171; Wieling, H. J., 2006, p. 189.

200 Vékás, L., 2000, p. 171.

201 „[...] tout fait matériel ou tout acte juridique qui [...] constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui” (Cour de cassation, 11.1.1910).

202 Za Francusku v. Terré, F., Simler, P., 1998, n° 187; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 117. p.149; Beysen, E., 2001, pp. 217; za Belgiju v. Beysen, E., 2001a, p. 48; Pfeifer, R., 1929, p. 534.

Bez upotrebe bilo koje od savremenih terminologija (samovlašće, nedopušteno samovlašće, povreda državnine, uđenje državnini), do prvog proširenja poimanja smetanja u odnosu na manljivo smetanje iz rimskog prava došlo je u kanonskom pravu: za zaštitu putem *actio spoli* od onoga što je skupno zvano smetanje (*turbatio*) nije bilo potrebno oduzimanje silom ili potajno, nego se zaštita državnini pružala i u najraznovrsnijim drugim slučajevima postupanja sa stvari *bez volje držaoca*. U srednjem veku (od XIV v.) šticećen je držalac ne samo kad je stvari lišen silom ili potajno, nego i kad je bez nje ostao zbog pretnje ili prevare, ali i kada je stvar izgubio, kad mu je zabunom uzeta, kad ju je u zabludi dao, i u drugim slučajevima gubitka državnine bez držaoćeve volje.²⁰³

c) Perspektiva

Ako se smetanjem državnine nazove ono od čega se državnina štiti, tad se uglavnom u starijim zakonicima prepoznaje rimskopravna tradicija shvatanja smetanja kao *manljivog postupanja* (silom, potajno, odnosno prekarističkom zloupotrebom poverenja). Za razliku od toga, novije kodifikacije, odnosno noviji propisi ne razlistavaju (ni taksativno, ni primerice) ono od čega se držalac štiti, nego uopštenije govore o zaštiti od *nedopuštenog samovlašća* kao o postupanju protiv volje držaoca a protivpravno, a neke neodređeno samo kažu *smetanje državnine*. Moguće je da će se *terminološka budućnost* u *propisima evropskog prava* ostvariti negde po sredini: i bez izraza manljivost, mada je njegova uskost u međuvremenu prevaziđena pa sa tako proširenim značenjem ne bi bio škodljiv, i bez izraza nedopušteno samovlašće, ali upravo ekspliciranjem onoga za šta on stoji (oduzimanje državnine i uznemiravanja bez volje držaoca i zakonskog ovlašćenja), i bez izraza smetanje državnine, kao izraza bez kojeg se u propisu može ako se direktno navedu te kategorije koje izazivaju zaštitu državnine. Verovatno upravo onako kako sada stoji u DCFR: da se državnina štiti od nedopuštenog oduzimanja državnine, odnosno uznemiravanja (*unlawfull dispossession and interference*), član VIII–6:201. iz 2009. U praksi će rodni izraz *smetanje državnine* verovatno samo nekada biti upotrebljavan, a u teoriji (i pogotovo u obrazovanju) i dalje će ostati nezamenljiv.

C) DRUGI ČINIOCI ŠIREG ILI UŽEG POIMANJA SMETANJA

Bez obzira na upotrebljenu terminologiju, smetanje državnine od kojeg se štiti držalac sastoji se u tome da se držaocu oduzme ili uznemirava državnina, bez njegove volje ili bez zakonskog ovlašćenja. Ali ni širi ni

203 Windscheid, B., Kipp., T., 1906, p. 832; Wieling, H. J., 2006, p. 185; Floßmann, U., 2008, p. 135; Coing, H., 1985, p. 283.

uži pojam smetanja državnine ne određuje samu širinu onoga od čega se državnina štiti, zato što stavovi o nizu drugih pitanja rezultiraju time da u primeni može doći bilo do suženja bilo proširenja područja primene posesorne zaštite bez obzira na to da li se koristi uži ili širi pojam smetanja. Značaj razlike između užeg i šireg pojma smetanja za sagledavanje širine onoga od čega se državnina štiti relativizovan je time što od praktičnog stava o *nizu drugih pitanja* zavisi da li će i unutar kruga država koje imaju isti pojam smetanja domen zaštite biti širi ili uži, tako da u tom pogledu ima udaljavanja između država u kojima važi isti pojam smetanja, a približavanja između država sa različitim pojmom smetanja. Evo nekih takvih pitanja.

1. *Da li je reč o oduzimanju državnine kada smetalac liši držaoca faktičke vlasti na stvari a da je sam ne zasnuje?* Oduzimanje državnine ne shvata se u pogledu toga jednako. Neki traže samo da je držalac potpuno lišen državnine, i da je nije samo privremeno lišen, dok nije potrebno da je sam smetalac uspostavio faktičku vlast (na primer kada je odbacio oduzetu stvar koju je zasmetani opet uzeo ali traži zabranu za ubuduće).²⁰⁴ Drugi baš to traže, da smetalac istisne držaoca iz državnine i zauzme njegovo mesto.²⁰⁵ Pošto su svi saglasni da se predaja stvari može tražiti samo od nekoga kod koga ona jeste, razlika je od značaja za poretke gde smetanje državnine daje pravo na naknadu štete u posesornom postupku, recimo u Švajcarskoj, član 927. stav 3, član 928. stav 3. ZGB. (U Austriji se, uprkos tekstu § 339. ABGB, ne dopušta ostvarenje zahteva na naknadu štete u posesornom postupku, pozivom na § 457. Zpp.²⁰⁶)

2. *Poslovna sposobnost kao uslov za pristanak koji isključuje postojanje nedopuštenog smetanja?* Nedopušteno samovlašće postoji kada se držaocu oduzima ili uznemirava državnina ili bez njegove volje ili bez zakonskog ovlašćenja. Ako nema zakonskog ovlašćenja, neophodna je saglasnost držaoca, i obrnuto. U nedostatku izričite odredbe, u Nemačkoj i Švajcarskoj sporno je da li je uslov, da bi se isključilo postojanje nedopuštenog samovlašća, da je držalac koji daje saglasnost za oduzimanje ili

204 Za Nemačku: Eichler, H., 1957, *Institutionen des Sachenrechts (Ein Lehrbuch)*, 2. Bd., 1. Halbbd., *Eigentum und Besitz*, Berlin, p. 243; Bund, E., 2007, p. 140; Gursky, K.-H., 2011, pp. 151–152; Joost, D., 2009, p. 48; Wieling, H. J., 2006, p. 188; Pfeifer, R., 1929, p. 529. Za Švajcarsku v. Stark, E. W., 1985, p. 252; Stark, E. W., 2003, p. 2115; Weber, F., 1975, p. 31.

205 Za Nemačku: Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 53; za Švajcarsku: Portmann, R., 1997, pp. 20–21; za Austriju: Ehrenzweig, A., 1957, pp. 95, 92, 85–86; Kodek, G. E., 2002, pp. 187, 334; Iro, G., 2002, p. 29.

206 Ehrenzweig, A., 1957, pp. 97–98; Iro, G., 2002, p. 31; Koziol, H., Welsner, R., Kletečka, A., 2006, p. 277.

uznemiravanje poslovno sposoban, što u Nemačkoj smatra većina, a u Švajcarskoj manjina,²⁰⁷ dok se u Grčkoj za punovažan pristanak ne traži poslovna sposobnost.²⁰⁸

3. *Da li oduzimanje i uznemiravanje bez namere smetanja (animus turbandi, animus spoliandi) predstavlja smetanje? Ima li smetanja i smetaoca bez svesti o aktu smetanja?* U Austriji, sudska praksa, za razliku od većeg dela literature, traži da smetalac postupa sa svešću da smeta, tj. sa svešću da povređuje držaočevo pravo, da ne sme da čini što čini i sl., ali ne mora da postupa sa namerom da smeta.²⁰⁹ U Italiji je po nekim judikati- ma i autorima potrebno, i kod oduzimanja i kod uznemiravanja državnine, da je smetalac svestan da postupa protiv volje držaoca,²¹⁰ a po drugima, to nije potrebno u slučaju oduzimanja.²¹¹ U Švajcarskoj nije smetanje ako se u zabludi stvar da drugome umesto držaocu, ni onda ako ovaj odbije da je vrati.²¹² U Mađarskoj smetanje postoji i ako je smetalac u zabludi.²¹³ Isto tako u Nemačkoj, na primer, kad neko drži stvar koju je uzeo u zabludi da je njegova.²¹⁴

4. *Kada nevraćanje stvari po prestanku osnova da se ona drži predstavlja smetanje?* Razlike su i po tome da li je uopšte smetanje državnine posredi kada detentor (prekarista), odnosno držalac prava ili neposredni upotrebnici držalac (recimo, poslugoprimac, zakupac), umesto da po prestanku osnova za držanje vrate stvar, oni je zadrže. Posesornu zaštitu poznaju u takvom slučaju u Austriji samo kada je smetalac prekarista, ali ne i kada se radi o plodouživaocu, zakupcu i dr.,²¹⁵ dok u nekim drugim porecima to nikada nije smetanje državnine koje povlači za sobom

207 U Nemačkoj: Heck, P., 1930, pp. 48. i d.; Wollf, M., Raiser, L., 1957, p. 55; Eichler, H., 1957, p. 245; Bund, E., 2007, p. 142; Wieling, H. J., 2006, p. 187; Joost, D., 2009, p. 50; Gursky, K.-H., 2011, p. 153; u Švajcarskoj: Düring, E., 1918, p. 100. U Švajcarskoj se ne traži poslovna sposobnost, jer se saglasnost ne smatra pravnim poslom, nego sposobnost rasuđivanja u konkretnom slučaju, Stark, E. W., 1984, p. 211; Weber, F., 1975, p. 43; Portmann, R., 1997, pp. 69.

208 Eleftheriadou, E., 1999, p. 39.

209 Ehrenzweig, A., 1957, p. 87; Bydlinski, P., 1998, p. 97; Eccher, B., 2007, p. 305; Kodek, G. E., 2002, pp. 187, 344.

210 Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, 432 prim. 185.

211 Trabucchi, A., 2001, p. 484; Beghini, R., 2002, pp. 115; Magri, M., 2009, p. 286. i d.; Caterina, R., 2010, p. 451. i d.; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 431. prim. 179, 432, prim. 185. i d.

212 Stark, E. W., 1984, p. 252; Stark, E. W., 2003, p. 2115; Portmann, R., 1997, pp. 20. i d.

213 Vékás, L., 2000, p. 171.

214 Boehmer, G., 1965, *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tübingen, p. 226: rasejani profesor koji zameni šešir, mantil ili kišobran, ili savesni držalac ostavnine.

215 Ehrenzweig, A., 1957, pp. 86–87; Spielbüchler, K., 2000, p. 508; Koziol, H., Welsch, R., Kletečka, A., 2006, p. 274.

posesornu zaštitu,²¹⁶ što je izričito određivao i DCFR, član VIII–6:201, u verziji iz 2007.

5. *Imisije kao smetanje?* Izložiti susednu nepokretnost imisijama koje ne nadilaze meru trpeljivosti i nisu mesno neuobičajene, ne predstavlja smetanje. Ali da ni prekomerne imisije nisu smetanje koje daje pravo na posesornu zaštitu, manjinski je stav u Austriji,²¹⁷ dok se i tu,²¹⁸ i drugde, na primer u Nemačkoj,²¹⁹ u Švajcarskoj,²²⁰ u Grčkoj,²²¹ u Mađarskoj,²²² podržava praksa sudova da pružaju posesornu zaštitu i od imisija.

6. *Da li verbalno osporavanje držaočeve pozicije predstavlja smetanje?* Negde verbalno osporavanje jeste smetanje (*turbatio verbis*), što je bilo već u *ius commune*.²²³ Primerice, u Francuskoj, onda kad se nagovara zakupac da ne izvršava obaveze prema zakupodavcu, kad se držaocu osporava, ma i u sudskom postupku, da je držalac.²²⁴ I u Italiji je uznemiravanje posredi i ako se držaocu osporava pravo na državinu.²²⁵ U Nemačkoj je sporno, ali se uglavnom traži da osporavanje ili pretnja izazovu nemogućnost mirnog vršenja faktičke vlasti, odnosno odustanak držaoaca od vršenja državnine.²²⁶ U Austriji, Švajcarskoj i Grčkoj mora da se radi o ozbiljnoj pretnji, dok puko verbalno osporavanje nije smetanje protiv kojeg sleduje posesorna zaštita,²²⁷ nego se zaštita može tražiti samo tužbom za utvrđenje,²²⁸ a i neosnovana tužba podneta protiv držaoaca, za razliku od Francuske, takođe nije smetanje.²²⁹

7. *Da li je smetanje i radnja preduzeta uz dozvolu državnog organa, kao i radnje same javne vlasti?* U Francuskoj jeste, ako tu radnju ne preduzima vlast nego privatno lice.²³⁰ U Italiji jeste, ako je u konkretnom slu-

216 Za Švajcarsku: Stark, E. W., 1984, p. 252; Stark, E. W., 2003, p. 2115; za Nemačku: Wieling, H. J., 2006, p. 185; Bund, E., 2007, p. 138.

217 Kodek, G. E., 2002, pp. 209. i d.

218 Spielbüchler, K., 2000, p. 494.

219 Gursky, K.-H., 2011, p. 152; Bund, E., 2007, p. 141; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 85; Joost, D., 2009, p. 49.

220 Stark, E. W., 1984, pp. 215, 218, 264.

221 Eleftheriadou, E., 1999, p. 38.

222 Vékás, L., 2000, p. 171.

223 Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 136.

224 Kao u prim. 202.

225 Pfeifer, R., 1929, p. 534.

226 Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 54; Bund, E., 2007, p. 141; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 85; Joost, D., 2009, p. 49; Joost, D., 2010, p. 162; Pfeifer, R., 1929, p. 528.

227 Ehrenzweig, A., 1957, p. 86; Stark, E. W., 1984, p. 263; Eleftheriadou, E., 1999, p. 38.

228 Stark, E. W., 1984, p. 263; Eleftheriadou, E., 1999, p. 38.

229 Ehrenzweig, A., 1957, p. 86; Pfeifer, R., 1929, p. 532.

230 Pfeifer, R., 1929, p. 534.

čaju vlast postupala kao privatno lice ili je preduzimala materijalne radnje koje nisu izraz njenih ovlašćenja vlasti.²³¹

8. *Smetanje – ne samo ono koje je već nastupelo nego i tek predstojeće?* Nije sporno da smetanje jeste ono oduzimanje ili uznemiravanje državine koje se doista već desilo. Ali § 862. stav 1. reč. 2. BGB i ranija mađarska sudska praksa²³² smetanjem smatraju i ono koje tek predstoji. Švajcarski sudovi (oslonom na francuski tekst člana 928. stav 2. ZGB) dopuštaju tužbu i za buduća, predstojeća smetanja, tj. kada se osnovano može uzeti da će oduzimanje ili uznemiravanje uslediti.²³³ Tako je i po članu 1276. Gz Portugalije, koji držaocu čija je bojazan osnovana da će mu državina biti oduzeta ili uznemiravana, daje pravo da od suda traži da naredi uzdržavanje onome od koga preti takva opasnost.²³⁴

VI. KAKAV JE ODNOS SUDSKE I VANSUDSKE POSESORNE ZAŠTITE? SUDSKA POSESORNA ZAŠTITA KAO JEDINA ILI KOMBINOVANA SA OPŠTOM SAMOZAŠTITOM ILI SA POSEBOM POSESORNOM SAMOZAŠTITOM. ROKOVI ZA POSESORNU ZAŠTITU

Posesorna samopomoć predstavlja onu mogućnost da držalac, silom ili na drugi način,²³⁵ sam štiti²³⁶ zasmetanu državinu, koja je šira od samozaštite po pravilima koja važe za nužnu odbranu, krajnju nuždu i samopomoć inače. Lakši su uslovi za posesornu samopomoć nego za nužnu odbranu, krajnju nuždu i samopomoć inače, tako da zasmetani držalac

231 Magri, M., 2009, pp. 309. i d., 313. i d.; Plancker, L., Pfeifer, K., 2001, p. 392. prim. 236.

232 Almási, A., 1923, p. 14.

233 Portmann, R., 1997, pp. 132. i d.

234 Seabra, M. M. R. A. C., de, Alencar Xavier, Y. M. de, 1999, p. 352.

235 Kao što se u užem pojmu smetanja državine zadržala sila kao jedan od glavnih vidova smetanja, mada u primeni smetanje državine označava i razne nenasilne načine (a ne samo potaju i zloupotrebu izmoljenog), tako se i o dopuštenoj samopomoći govori u propisima gotovo isključivo kao o pravu držaoca na silu, mada u primeni samopomoć znači niz radnji bez ikakve upotrebe sile. U tom pogledu je posve atipično što Gz Poljske generalno zabranjuje upotrebu sile u samozaštiti prema smetaocu: „Držalac nepokretnosti može neodložno po samovlasnom smetanju državine uspostaviti predašnje stanje; pri tome ne sme prema licima upotrebiti nikakvu silu”, član 343. § 2. reč. 1.

236 Joost, D., 2009, p. 56. kaže da je prirodna datost da niko neće bez daljega pasivno prihvatiti zadiranje u svoju sferu faktičke vlasti na stvari, tako da se priznavanje prava na samopomoć razume samo po sebi; Plancker, L., Pfeifer, K., 2001, p. 390. kažu da je samopomoć najprirodniji vid zaštite državine; Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 83. govori o samopomoći kao spontanoj reakciji držaoca protiv smetanja.

ima šira prava nego onaj ko u drugim situacijama pribegava nužnoj odbrani, krajnjoj nuždi ili samopomoći. Reč je, dakle, o *privilegovanoj* samopomoći. Razlikuju se pravni poreci pre svega po tome: da li takvu specijalnu posesornu samopomoć uopšte poznaju, ili za držaoca važe opšta pravila o samozaštiti (A). Ako postoji posesorna samopomoć, pravni poreci su različiti po tome: u pogledu čega se posesorna samopomoć razlikuje od opšte samopomoći; naročito da li je kao ova uslovljena nedostižnošću sudske zaštite (B). A različiti su i po tome: u pogledu čega se posesorna samopomoć razlikuje od sudske posesorne zaštite; da li je supsidijarna u odnosu na sudsku zaštitu ili je na držaocu da sam bira put zaštite; da li je ona dostupna samo držaocu ili i pritežaucu; da li je data protiv svakog smetaoca koji bi mogao biti tužen; da li je samo početna ili je i naknadna; da li je u svakom slučaju vezana rokom kao i sudska zaštita; da li samopomoć može predstavljati i preventivnu ili samo reaktivnu zaštitu državnine (C). A pogotovo se rok za sudsku zaštitu i za samopomoć pokazao kao zahvalan poligon za demonstriranje razlika (D).

A) SUDSKA POSESORNA ZAŠTITA I OPŠTE PRAVO NA SAMOPOMOĆ

1. *Sudska posesorna zaštita kao jedina – nepostojanje posesorne samopomoći.* Posebna posesorna samopomoć ne postoji svuda kao oblik zaštite državnine. Negde je sudska posesorna zaštita državnine jedini vid zaštite, jer posesorna samopomoć nije dopuštena nikad i nikome, nikad i ni prema kome, ko god i kada god da smeta držaoca, već samo opšta. Tako je u Francuskoj, Belgiji, Italiji i državama čije je pravo pod uticajem CC,²³⁷ kao i u Skandinaviji.²³⁸ Reč je o tome da postoji sudska petitorna i sudska posesorna zaštita državnine, ali da ne postoji posesorna samopomoć kao pravo na samopomoć koje bi bilo drugačije od opšteg prava na samopomoć.

2. *Držalac kao imalac opšteg prava na samopomoć.* Držaocu je dozvoljena jedino nužna odbrana i samopomoć, pod opštevažećim uslovima.²³⁹ I to na dva načina, ili tako da o tome nema nikakvih posebnih odredaba u propisima o državnini (na primer, u Francuskoj, Belgiji, Italiji), nego se tumači da i držalac, kada se ostvare uslovi za nužnu odbranu, može tako

237 Pfeifer, R., 1929, p. 528; Ferid, M., Sonnenberger, H. J., 1986, p. 675; Wacke, A., 2004, p. 1611.

238 Za Finsku v. Collan, M., Koivulla, J., Finland, u: von Bar, C. (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 1, Osnabrück, p. 245.

239 Rimsko pravo je držaocu priznavalo mogućnost odbrane silom i vraćanja zauzetog, na primer Julianus D. 43.16.17, Ulpianus D. 43.16.1.27, Ulpianus D. 41.2.6.1, v. Kaser, M., 1971, pp. 505, 222, 394; Kaser, M., Knütel, R., 2003, pp. 223–224; Wieling, H. J., 2006, pp. 192, 194.

da postupa, ili se pak izričito odredi da se opšta pravila o samopomoći primenjuju i za držaoca (na primer u Portugaliji).

Ako se negde izričito propisuje da i držalac u slučaju smetanja državine sme da vrši nužnu odbranu po opštim pravilima (tj. da je sudska zaštita nedostižna, odnosno da bi bila neblagovremena i dr.), i takav propis ima dobrog smisla jer otklanja inače moguću dilemu da li su nužna odbrana i samopomoć dostupni i držaocu radi zaštite državine, budući da držalac može i da nema nikakvo pravo na državinu, može biti lopov, uzurpator itd., pa se pravo takvog na samopomoć ne podrazumeva. Tako, na primer, I 7 §§ 142. i d. ALR i član 1277. Gz Portugalije, koji uređuje zaštitu državine, upućuju izričito na odredbe koje uređuju samopomoć uopšte. Time se i držaocu priznaje opšte pravo na samopomoć, a da se za držaoca ne predviđa ni u kom pogledu drugačija pravila za samopomoć.²⁴⁰ U tom slučaju, postojeća opšta pravila o nužnoj odbrani i samopomoći primenjiva su i na držaoca, i to onakva kakva jesu i inače.

B) ODNOS POSESORNE SAMOPOMOĆI I OPŠTE SAMOPOMOĆI

1. *Odstupanje režima posesorne samopomoći od opšteg režima samopomoći.* U uporednom pravu je neujednačeno koliko je posesorna samozastita u pogledu uslova šira, odnosno lakša od opšte, tj. koji od uslova za opštu samopomoć ovde ne važe. Ali neki uslovi su *zajednički*. Recimo, zahtev *srazmernosti* radnje zasmetanog držaoca (tj. da se mora kretati u granicama onoga što je opravdano okolnostima slučaja) ne važi samo tamo gde je izričito postavljen, kao što jeste u § 344. ABGB, članu 926. stav 3. ZGB ili u članu 164. stav 1. Gz Azerbejdžana („Oduzimanje ili uznemiravanje državine bez saglasnosti držaoca predstavlja nedopušteno samovlašće. Takav držalac je ovlašćen da primeni silu radi zaštite od nedopuštenog samovlašća. U tom slučaju dužan je uzeti u obzir okolnosti slučaja i uzdržati se od neopravdane upotrebe sile.”), nego podjednako važi i tamo gde nema takve izričite norme, kao, na primer, u Nemačkoj,²⁴¹ Grčkoj,²⁴² Poljskoj.²⁴³ Posesorna samopomoć je u više aspekata *drugačija* od opšte

240 To naglašava Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier, Y. M. de, 1999, p. 352.

241 Eichler, H., 1957, p. 249. prim. 345; Westermann, H., 1960, p. 99; Joost, D., 2009, p. 58; Bund, E., 2007, p. 160, 163; Wieling, H. J., 2006, p. 192.

242 Wollf, M., Raiser, L., 1957, p. 57; Joost, D., 2009, p. 58; Bund, E., 2007, p. 160; Eleftheriadou, E., 1999, pp. 40–41. Tako je bilo i ranije u uporednom pravu, v. Pfeifer, R., 1929, p. 530.

243 Poczobut, J., Polen, u: Bar, C. von (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 2, Osnabrück p. 61.

(bila ona dopuštena samo kada je u datom slučaju sudska zaštita nedostižna, kao u Austriji, bila ona direktna, nesupsidijarna u odnosu na sudsku, kao u Nemačkoj i Švajcarskoj): pravo na nju sleduje samo držaocu i pritežaoocu, a treća lica mogu da je vrše jedino ako zasmetani držalac od njih to traži, odnosno sa time se saglasi, ili ako je taj treći zakonski zastupnik držaoca, mada sam nije držalac,²⁴⁴ dok bi po opštim pravilima o samozaštiti i treća lica mogla braniti tuđu državinu i po sopstvenoj inicijativi;²⁴⁵ po jednim, posesorna samopomoć se može vršiti dokle uznemiravanje traje, po drugima, samo neodložno,²⁴⁶ dok je opšta nužna odbrana ograničena na trenutak napada, a, s druge strane, dok nije propisan nikakav rok za opštu samopomoć, posesorna je uvek vremenski ograničena;²⁴⁷ posesorna samopomoć, za razliku od opšte nužne odbrane, moguća je i kada smetanje ne predstavlja istovremeni napad na držaoca nego je radnja usmerena na stvar bez upotrebe sile, ili je reč o životinji (na primer, susedovoj koja je prešla na držaočevu nepokretnost), ili jeste reč o napadu ali koji više ne traje nego je već završen;²⁴⁸ nije uslov, kao kod opšte samopomoći, da je radnja koja se preduzima jedina mogućnost za ostvarenje cilja ili da bi bez nje ono bilo bitno otežano,²⁴⁹ nego se jedino zahteva da radnja, podesna za ostvarenje cilja, ne prelazi za to dovoljnu meru (srazmernost); posesorna samopomoć ne mora se sastojati, kao opšta, u radnji usmerenoj protiv smetaoca ili njegovih dobara, nego u radnji koja se i bez toga preduzima u pogledu stvari;²⁵⁰ za razliku od opšte samozaštite, uglavnom je relevantna samo ekstremna nesrazmera između vrednosti zaštićenog interesa držaoca i interesa druge strane kojoj se škodi radnjom samopomoći (recimo, krajnja beznačajnost držaočevog interesa, atak na život druge strane);²⁵¹ kao radnja vraćanja oduzete stvari, posesorna samopomoć je dopuštena

244 Westermann, H., 1960, p. 99; Bund, E., 2007, p. 158; Wieling, H. J., 2006, pp. 193, 196, 198. Samo opštu samopomoć priznaje zakonskom zastupniku koji nije ujedno držalac, Joost, D., 2009, p. 57; Spielbüchler, K., 2000, p. 506. smatra da i treći imaju pravo da štite tuđu državinu od smetanja.

245 Za neslaganja o položaju trećeg (pravo na osnovu opšte samopomoći, pravo kao nezvani vršioc i tuđeg posla), v. Gursky, K.-H., 2011, p. 159; Sosnitz, O., 2003, p. 169; Wieling, H. J., 2006, p. 193, 196, 198; Bund, E., 2007, p. 158, 162; Spielbüchler, K., 2000, p. 506.

246 Kao u prim. 286.

247 Weber, F., 1975, p. 46; Portmann, R., 1997, 145; Joost, D., 2009, p. 59.

248 Stark, E. W., 1984, p. 245–246; Portmann, R., 1997, pp. 140–141; Eleftheriadou, E., 1999, p. 40; Wieling, H. J., 2006, pp. 198. i d. Nemački autori u tome ne vide proširenje jer u Nemačkoj opšte pravo nužne odbrane postoji i u slučaju napada na stvari, Bund, E., 2007, pp. 158–159; Joost, D., 2009, p. 57.

249 Stark, E. W., 1984, p. 245; Portmann, R., 1997, pp. 149. i d.; Eleftheriadou, E., 1999, p. 40.

250 Stark, E. W., 1984, p. 245; Stark, E. W., 2003, p. 2114; Portmann, R., 1997, p. 141.

251 Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 83; Wieling, H. J., 2006, p. 193.

samo ako je bez uspeha pokušana odbrana od oduzimanja silom i potajno, dok ako je smetanje vidljivo i nenasilno, a odbrana nije ni pokušana, primenjuje se opšta samopomoć sa svojim uslovima.²⁵²

2. *Ne/uslovljenost posesorne samopomoći nedostižnošću sudske posesorne zaštite.* Po § 344. ABGB postoji samo podredna mogućnost zaštite državnine od uznemiravanja putem samopomoći, tj. jedino onda kad sudska zaštita ne bi mogla biti pravovremena. Uprkos drugačijem zakonskom tekstu, prihvata se da je samopomoć dopuštena i u slučaju oduzimanja, a tada, smatraju neki, nije uslovljena nemogućnošću blagovremene zaštite od strane vlasti, dok je drugi i tada vide samo kao podrednu mogućnost.²⁵³ Neblagovremenost sudske zaštite, međutim, nije navedena kao uslov u § 859. BGB, u članu 926. ZGB, u članu. 985. Gz Grčke. U Nemačkoj se i ne smatra uslovom.²⁵⁴ U Švajcarskoj, većina smatra da samopomoć nije supsidijarna u odnosu na sudsku ili zaštitu druge nadležne vlasti,²⁵⁵ dok je suprotan stav izuzetak.²⁵⁶ Sreće se i stav da samo kada se samopomoć vrši upotrebom sile, tada je nedopuštena ako bi zaštita od strane vlasti bila blagovremena.²⁵⁷ U Grčkoj se držaočeva samopomoć smatra širom od opšte samopomoći između ostalog i po tome što nije supsidijarna u odnosu na sudsku zaštitu.²⁵⁸

3. *Sloboda izbora; fakultativnost posesorne samopomoći.* Nezavisno od stava o supsidijarnosti samopomoći u odnosu na sudsku zaštitu, važi stav da ona nije obavezna kao uslov za dostupnost sudske zaštite. Kao što ni za opštu samopomoć, tako ni za posesornu ne važi da držalac mora da pokuša samopomoć, pa da tek u slučaju neuspeha može da se obrati sudu. Sudska državinska zaštita predstavlja ravnopravnu alternativu samopomoći, i obrnuto: izbor puta je na zasmetanom držaocu; samopomoć je pravo, ne i obaveza; iako zasmetani držalac nije vršio samopomoć, mada je mogao, može da tuži.²⁵⁹

252 Portmann, R., 1997, p. 141, 145.

253 Prvi stav zastupa Eccher, B., 2007, p. 311, drugi Spielbüchler, K., 2000, p. 506.

254 Westermann, H., 1960, p. 99; Joost, D., 2009, pp. 57, 59; Wieling, H. J., 2006, p. 195; Bund, E., 2007, p. 161; Gursky, K.-H., 2011, p. 159.

255 Weber, F., 1975, p. 46; Portmann, R., 1997, pp. 146–147, 150; Stark, E. W., 1984, p. 247–248 (u načelu). Ali se sreće i stav da, iako je posesorna samopomoć dopuštena i kada je sudska zaštita dostižna, ipak, onda kada ne preti opasnost od odlaganja, valja uzeti u obzir mogućnost obraćanja sudu, Stark, E. W., 1984, p. 249, a 2003, p. 2014.

256 Landmann, V., 1975, p. 32.

257 Stark, E. W., 1984, p. 249; Stark, E. W., 2003, p. 2114.

258 Eleftheriadou, E., 1999, p. 40.

259 Stark, E. W., 1984, p. 244; Stark, E. W., 2003, p. 2114; Tuor, P., Schnyder, A., 1986, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, p. 567.

C) ODNOS SUDSKE POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE I POSESORNE SAMOPOMOĆI. Odstupanje režima posesorne samopomoći od režima sudske posesorne zaštite

1. *Posesorna samopomoć – pravo samo držaoca ili i pritežaoaca?* Negde i držalac i detentor, pritežalac imaju podjednako pravo da sami reaguju na smetanje od strane trećih, dok razlika među njima počinje tek u pogledu sudske posesorne zaštite, jer samo držalac može da traži sudsku zaštitu. Tako izričito § 860. BGB i član 986. Gz Grčke (za lica koja faktičku vlast na stvari vrše podređeni držaočevim uputstvima). U Austriji takođe vlada isti stav da i detentor ima pravo na samopomoć, mada tekst § 344. ABGB govori samo o pravu držaoca na samopomoć.²⁶⁰ Naglašava se da je pravo detentora, odnosno pritežaoaca na samopomoć ograničeno utoliko što može zaštitu vršiti samo u interesu držaoca, a ne i protiv držaočeve volje.²⁶¹ Kao što pritežalac ne može da vodi posesornu parnicu protiv držaoca, tako ne može ni protiv njega da vrši samopomoć.²⁶² U uzajamnom odnosu držaoca i onog pritežaoaca koji je ujedno držalac prava, u Austriji pravo na samopomoć postoji u oba pravca.²⁶³ Zanimljivo je da u Grčkoj držalac nema pravo na samopomoć u odnosu na detentora koji je držalac prava, nego zaštitu od njegovih radnji mora da traži sudskim putem, član 998. grčkog Gz.²⁶⁴ A takođe je zanimljivo i to da detentoru, koji je ujedno držalac i o kome Gz ne sadrži odredbu da ima pravo na samopomoć (dok to pravo izričito daje potčinjenom detentoru u članu 986), po mišljenju većine ne sleduje pravo na samopomoć.²⁶⁵ U Nemačkoj, posrednom držaocu pripada pravo na samopomoć prema trećem koji smeta neposrednog držaoca samo ako neposredni to hoće.²⁶⁶ Po jednom shvatanju u Švajcarskoj, za razliku od držaoca, pritežalac ima pravo na samopomoć samo po opštim uslovima, a ne i pravo na posesornu samopomoć.²⁶⁷

2. *Posesorna samopomoć – pravo samo prema nekim smetaocima ili prema svim koji su pasivno legitimisani u sudskom posesornom postupku?* Koliko vidim, uglavnom sami propisi ne ističu razliku između kruga lica

260 Ehrenzweig, A., 1957, p. 56; Kodek, G. E., 2002, pp. 528. i d.; Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 274; Eccher, B., 2007, p. 311.

261 Kodek, G. E., 2002, pp. 528. i d.; Spielbüchler, K., 2000, p. 506; Wieling, H. J., 2006, p. 193.

262 Eichler, H., 1957, p. 250. prim., 353; Gursky, K.-H., 2011, p. 159; Bund, E., 2007, p. 158; Joost, D., 2009, p. 61.

263 Iro, G., 2002, pp. 28–29; Eccher, B., 2007, p. 311.

264 Eleftheriadou, E., 1999, p. 41.

265 Eleftheriadou, E., 1999, p. 41, gde i suprotan stav u prim. 152.

266 Wieling, H. J., 2006, p. 193; Bund, E., 2007, p. 158.

267 Upućivanje kod Pfeifer, R., 1929, p. 530 (Ostertag, p. 40).

od kojih se zasmetani držalac štiti s uspehom na sudu i onih od kojih može sam da se štiti. Ipak postoje raznovrsne nepodudarnosti između onih koji s uspehom mogu biti posesorno tuženi i onih protiv kojih se može vršiti samopomoć. Recimo, u Nemačkoj i Grčkoj, manljivi zasmetani držalac može se sam braniti od svakog i svačijeg nedopuštenog smetanja, dakle i od onog smetaoca prema kome je manljiv, dok onoga prema kome je manljiv ne može s uspehom tužiti zbog smetanja, pošto u posesornom postupku ovaj ima prigovor manljivosti.²⁶⁸ Takođe, tu i drugde gde je u slučaju oduzimanja stvari rok za samopomoć: bez odlaganja po oduzimanju, a ne bez odlaganja po saznanju za oduzimanje, pravo na samopomoć, za razliku od prava na tužbu, nije dato nijednom zasmetanom držaocu koji nije ubrzo saznao za oduzimanje, makar i nije mogao saznati.²⁶⁹ Ili, ništa ne stoji na putu da se zasmetani držalac sudski zaštiti od imitenta, dok u brojnim slučajevima uznemiravanja državine prekomernim imisijama samopomoć nije izvodljiva.²⁷⁰

3. *Samopomoć samo in continenti ili i ex intervallo?* Uže je pravo na posesornu samopomoć ako je ona držaocu dopuštena samo kao akt odbrane državine od napada, da bi se sprečilo uznemiravanje i oduzimanje (inicijalna, početna, defanzivna samopomoć), a ako je državina uznemirena ili oduzeta, tada kao pravo da se samo u vremenu koje se neposredno nadovezuje na napad (*in continenti*) preduzmu radnje za vraćanje oduzete stvari, na primer progon zatečenog smetaoca da bi se vratila stvar sa kojom se udaljava, odnosno da bi se bez odlaganja ponovo uspostavila faktička vlast na nepokretnosti (inicijalna, početna, ofanzivna samopomoć), kao, recimo, po § 359. BGB, članu 926. ZGB, članu 985. Gz Grčke.²⁷¹ (Tako samopomoć shvata i većina u Austriji, uprkos tome što § 344. ABGB izričito govori samo o odbijanju sile silom,²⁷² a i u Italiji, gde nema nikakve odredbe o samopomoći držaoca, nego samo opšte odredbe o dopuštenoj samopomoći, član 2044. Gz.²⁷³) Šire je pravo na posesornu samopomoć ako zasmetani držalac može posle izvršenog smetanja stvar da vrati i potom, docnije (*ex intervallo temporis*), kao, na primer, po ranijem

268 Müller, T., 2010, pp. 48, 76. BGB nije režim iz §§ 861. stav 2, 862. stav 2. (za tužbu) predvideo i za § 859 (za samopomoć), a praksa i teorija nalaze da nije reč o pravnoj praznini i da nema mesta za analogiju. Član 988. Gz Grčke, Eleftheriadou, E., 1999, p. 41.

269 Za Nemačku v. Bund, E., 2007, p. 163; Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 57; Westermann, H., 1960, p. 100; Eichler, H., 1957, pp. 249–250. prim. 348; Gursky, K.-H., 2011, p. 161.

270 Gursky, K.-H., 2011, p. 159.

271 Eleftheriadou, E., 1999, p. 41.

272 Kodek, G. E., 2002, pp. 519. i d.; Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 274; Eccher, B., 2007, p. 311; Iro, G., 2002, p. 28; Pfeifer, R., 1929, p. 531.

273 Caterina, A., 2010, pp. 455. i d.; Magri, M., 2009, pp. 292. i d.; Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 429. prim. 166.

mađarskom pravu, u roku od godinu dana od oduzimanja državnine nepokretnosti²⁷⁴ (naknadna ofanzivna samopomoć).

Izraz koji se upotrebljava u propisima, praksi i teoriji u nizu zemalja, da zasmetani držalac ima pravo da vršeci samopomoć postupi samo „nedložno”, ili „bez odlaganja”, ili „smesta”, ili „neposredno vremenski povezano sa smetanjem” (*in continenti*), ne obezbeđuje jednako tumačenje. Vidi se to i po širim opisima tih izraza, koji ne konkretizuju pojavu jednoznačno: na primer, da sme postupiti samo neposredno po smetanju dok još smetanje i njegovo uklanjanje predstavljaju „jedan jedinstveni akt”,²⁷⁵ odnosno dok „mogu da se posmatraju kao jedinstvena celina”;²⁷⁶ odnosno dok „oduzimanje još nije okončano”;²⁷⁷ odnosno „dok smetalac još nije stekao mirnu državinu”.²⁷⁸ Zato se i kaže da izraze „bez odlaganja”, „na delu” (uhvatiti) „i neposredno progoniti” ne treba usko tumačiti,²⁷⁹ i da u pogledu toga da li je reakcija „bez odlaganja” ne treba postavljati preterane zahteve;²⁸⁰ da „na delu” (zateći) iziskuje „usku vremensku povezanost sa oduzimanjem”, a da je tu „granicu teško odrediti”.²⁸¹ Već otuda, a još posebno kada se ta neodređenost udruži sa različitim shvatanjem toga od kog časa se može smatrati da je oduzimanje izvršeno i da držalac više nema državinu,²⁸² sledi ne samo neujednačenost u primeni nego i neslaganje o tome kada je samopomoć ofanzivna a kada nije.²⁸³ Iz tog razloga, mada se uopšteno odbrana državnine naziva početnom ili defanzivnom samopomoći, a vraćanje državnine – naknadnom ili ofanzivnom, nema saglasnosti o kvalifikaciji konkretnih slučajeva.²⁸⁴

274 Almási, A., 1923, p. 12.

275 Tuor, P., Schnyder, B., 1986, p. 567; Portmann, R., 1997, p. 142.

276 Portmann, R., 1997, p. 143.

277 Spielbüchler, K., 2000, p. 506.

278 Spielbüchler, K., 2000, p. 506; Iro, G., 2002, p. 28.

279 Curti-Forrer, E., 1911, p. 675.

280 Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, p. 84.

281 Joost, D., 2009, p. 59.

282 Za razilaženja na istim primerima v. Spielbüchler, K., 2000, p. 496; Eichler, H., 1957, p. 243; Joost, D., 2009, p. 48, 54; Gursky, K.-H., 2011, p. 152; Bund, E., 2007, p. 140; Stark, E. W., 1984, p. 252; Weber, F., 1975, p. 47; Wieling, H. J., 2006, pp. 189, 198–199.

283 Müller, T., 2010, p. 101; Kodek, G. E., 2002, pp. 516. i d.; Spielbüchler, K., 2000, p. 506. U Švajcarskoj tu razliku otežava i činjenica da marginalna rubrika člana 926, koji uređuje samopomoć i u slučaju odbrane i u slučaju vraćanja stvari, glasi: Odbrana od napada. Weber, F., 1975, p. 47. to koristi kao argument da je svaka samopomoć defanzivna, pa i onda kada se sastoji u povraćaju stvari.

284 Uporedi razlike, naročito u pogledu smetanja parkiranjem, kod Joost, D., 2009, pp. 60, 58, 59, 48; Joost, D., 2010, p. 162; Bund, E., 2007, pp. 159. i d., 150–151; Wieling, H. J., 2006, p. 198–199, 192. prim. 5; Gursky, K.-H., 2011, pp. 160.

4. *Samopomoć kao preventivna ili samo kao reaktivna zaštita?* Poseorne tužbe su upotrebljive i ako smetanje državine tek predstoji, jer se za svrhu posesorne tužbe smetanjem razume ne samo ono koje se već desilo nego i ono koje tek predstoji (V.C.8). U Nemačkoj se smatra da preventivna zaštita od uznemiravanja državine ne može da se ostvari i putem samopomoći: samopomoć dolazi u obzir samo ako je uznemiravanje već počelo i još traje.²⁸⁵

5. *Rok za samopomoć kad god i za tužbu? Isti rok za samopomoć kao i za tužbu?* Uglavnom je tako da je svaka samopomoć ograničena rokom, kao što je i svako utuženje. Negde, međutim, samopomoć u slučaju smetanja uznemiravanjem državine nije vezana nikakvim rokom, već samo u slučaju oduzimanja: u slučaju uznemiravanja može se vršiti sve dok traje uznemiravanje (sve dok se ponavlja radnja smetanja, odnosno sve dok opstaje stvoreno stanje smetanja), pa i po isteku (jednogodišnjeg) roka za tužbu.²⁸⁶

Ponegde su rokovi u svemu podjednaki za samopomoć i za utuženje, drugde se razlikuju. O tome sada.

D) ROK ZA SUDSKU POSESORNU ZAŠTITU DRŽAVINE I ZA POSESORNU SAMOPOMOĆ

Uporedno pravo pokazuje šarenu sliku pravila o roku za posesornu tužbu i za dopuštenu samopomoć. Nailazi se na jedan jedini jedinstven rok i za tužbu i za samopomoć, ili na razdvojene rokove; na jedan jedinstveni rok koji je isti bez obzira na vrstu smetanja, i na rokove koji su drugačiji kad je reč o oduzimanju i kad se smetanje sastoji u uznemiravanju; na rokove subjektivne ili objektivne, ili na kombinaciju jednog subjektivnog i jednog objektivnog roka za istu radnju zasmetanog; na rokove prekluzivne ili zastarne; na rokove različitog trajanja. Valjda nema ničega u pogledu čega bi se rešenja mogla razići, a da se to nije i desilo. U pogledu rokova, njihove objektivnosti i subjektivnosti, njihove prekluzivnosti ili zastarnosti, njihove dužine itd. ne mogu se ustanoviti nikakve pravilnosti, tako da izgleda da i nema jedinstvenih činilaca za konstrukciju rokova.

1. *Provizornost zaštite, razlog kratkoće rokova?* Rokovi jesu različitog trajanja, ali koliko god se razlikovali u dužini (na primer rok: bez odlaganja i rok: godinu dana; jedini rok od godinu dana, ali jednom objektivno, a

285 Joost, D., 2009, pp. 57–58.

286 Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 56; Eichler, H., 1957, pp. 248–249. prim. 344, 304; Westermann, H., 1960, p. 100; Gursky, K.-H., 2011, p. 160. Drugi autori smatraju da pravo štiti se putem samopomoći od uznemiravanja prestaje najkasnije prestankom zahteva za sudsku zaštitu (dakle istekom jednogodišnjeg roka za tužbu), Joost, D., 2009, p. 57–58; Bund, E., 2007, pp. 159–160.

drugi put subjektivan; rok od 30 dana, a drugde za isto – tri godine), redovno se za sve kaže da su kratki. Kao što postoji veza između provizorne prirode posesorne zaštite i ubrzanosti postupka (II.C.a), tako provizornost zaštite svuda služi kao objašnjenje i kratkoće rokova za posesornu zaštitu: budući da se zaštita pruža nezavisno od toga kako stvar stoji sa pravom držaoca i smetaoca, onda je jedino opravdano da zasmetani u kratkom toku preduzme radnje radi zaštite narušene državine, dok se još ne ustali novo državinsko stanje; ako zasmetani nema interesa za hitnost, petitorna zaštita mu ionako stoji i potom na raspolaganju, dok ako ima interesa, onda je i kratak rok primeren; pošto je zaštita samo privremena, a ne konačna, onda ne smeta što je rok kratak, a bar se brzo postiže pravna sigurnost u pogledu posesornog aspekta sporne stvari. Ipak, ne treba zaboraviti da je posesorna *actio spolii* bila dostupna smetaocu, i njegovim univerzalnim sledbenicima, čak trideset godina (u tada uobičajenom roku zastarelosti),²⁸⁷ a da ni ona nije vodila rezultatu drugačijem od provizornosti.

2. *Rokovi za posesornu tužbu – beskrajne varijacije.* Evo nekih varijacija kod kombinacija rokova. Najkraći je rok za posesornu tužbu ako se propiše, kao u Švajcarskoj u članu 929. stav 1. ZGB i u Lihtenštajnu u članu 508. stav 2. Stvarnog prava, da pravo na sudsku zaštitu prestaje ako se tužba ne podnese *bez odlaganja*,²⁸⁸ tj. čim je to zasmetanom držaocu bilo moguće s obzirom na to da mora prethodno utvrditi ono što je potrebno za utuženje (ko je izvršio smetanje), što znači da je taj *prekluzivni* rok *subjektivan*, a može se tužiti dok ne istekne *godina dana* koja, i onda kada je zasmetani držalac tek docnije saznao za smetanje i smetaoca, počinje teći od smetanja, član 929. stav 2. ZGB²⁸⁹ i član 508. stav 2. Gz Stvarnog prava Lihtenštajna,²⁹⁰ s tim što se i taj jednogodišnji *objektivni* rok smatra *prekluzivnim* iako zakonski tekst izričito govori o zastarevanju tužbe.²⁹¹ Za razliku od drugih u uporednom pravu, švajcarski propis u članu 929. stav 1, a lihtenštajnski u članu 508. stav 2. izričito traže da zasmetani *pre utuženja* prvo, i to *bez odlaganja, vansudski zahteva* vraćanje stvari, odnosno prestanak i uklanjanje uznemiravanja (tzv. *Einsprache*, protest, reklamacija). Prethodno vansudsko traženje smatra se uslovom za mogućnost

287 Coing, H., 1985, p. 285; Windscheid, B., Kipp, T., 1906, p. 832; Wieling, H. J., 2006, pp. 128. i d.

288 Propisi, u stvari, kažu – „smesta” (*sofort*), ali je to shvaćeno još u fazi izrade propisa kao „bez odlaganja” Huber, E., p. 389: „Obe se tužbe imaju podići bez odlaganja, tj. ne puštajući da protekne više vremena nego što se za takve stvari mora ostaviti pažljivom držaocu”.

289 Stark, E. W., 1984, p. 271; Stark, E. W., 2003, p., 2122; Weber, F., 1975, pp. 79. i d.; Portmann, R., 1997, p. 163.

290 Opilio, A., 2010, p. II-537.

291 Stark, E. W., 1984, p. 271; Stark, E. W., 2003, p. 2122; Portmann, R., 1997, pp. 164. i d.

utuženja, jer ako zasmetani to ne učini, gubi pravo na sudsku posesornu zaštitu državine, a može da tuži samo ako vansudsko traženje ostane bez dejstva.²⁹² U praksi se formirao stav da to prethodno obraćanje smetaocu treba da usledi najkasnije 10 do 14 dana od saznanja za smetaoca.²⁹³ U Italiji je rok *objektivan* kada se radi o smetanju državine uznemiravanjem i kada se radi o oduzimanju silom, a iznosi *godinu dana* od oduzimanja, ali je *subjektivan* ako je smetanje državine oduzimanjem izvršeno potajno, kada iznosi *godinu dana* od saznanja za onoga ko je tako oduzeo državinu, član 1168. Gz.²⁹⁴ Taj rok je *prekluzivan*, ali sud na njega ne pazi po službenoj dužnosti.²⁹⁵ Opet, u Letoniji *zastarni* je kako *objektivni* rok koji iznosi *godinu dana* od smetanja, po članu 925. Gz, tako i *subjektivni, iste dužine*, za slučaj da je oduzimanje izvršeno tajno ili u odsustvu držaoca, koji počinje teći od saznanja za oduzimanje državine, član 926.

A evo i nekih varijacija *jedinstvenog* roka. U Austriji je rok za posesornu tužbu jedan i *subjektivan*, iznosi *30 dana* od dana saznanja za smetaoca, a *prekluzivan* je, § 454 ZPO.²⁹⁶ Sreće se i usamljen stav da je po isteku tog roka moguće posesornom tužbom pokrenuti opšti parnični postupak, praktično u opštem *zastarnom* roku, što bi značilo da istekom roka iz § 454. ZPO ne prestaje svako pravo na državinsku zaštitu.²⁹⁷ U Grčkoj je *objektivni jednogodišnji* rok od oduzimanja i od uznemiravanja, *zastarni*, član 992. Gz.²⁹⁸ *Zastarni objektivni* rok sadrži i član 165. stav 2. Gz Azerbejdžana: pravo držaoca čija je državina zasmetana putem nedopuštenog samovlašća da zahteva zaštitu od nedopuštenog samovlašća zastareva u roku od *godinu dana* od smetanja, makar, kako je izričito napisano, zasmetani držalac saznao tek docnije za smetanje i smetaoca. Opet, u Francuskoj je *zastarni rok objektivni* i iznosi *godinu dana* od smetanja, bilo to oduzimanje bilo uznemiravanje, član 1264. Zpp.²⁹⁹ *Jedinstveni objektivni prekluzivni* rok od *godinu dana* propisan je i § 864. stav 1. BGB, kako za oduzimanje tako i za uznemiravanje državine, i u Belgiji, član 1370. stav 1. tačka 4. Zpp,³⁰⁰ i u Poljskoj, član 344. § 2, i u Holandiji, član 3:125. stav

292 Stark, E. W., 1984, pp. 269. i d.; Weber, F., 1975, pp. 76. i d.; Portmann, R., 1997, pp. 130 i d. Po drugom shvatanju, protest se podnosi u vidu tužbe sudu, v. Düring, E., 1918, p. 135.

293 Weber, F., 1975, p. 78; Portmann, R., 1997, p. 161.

294 Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 431.

295 Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, p. 431. prim. 172.

296 Spielbüchler, K., 2000, pp. 501. i d.; Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 275.

297 Kodek, G. E., 2002, pp. 635. i d., 623.

298 Eleftheriadou, E., 1999, pp. 99, 43. prim. 166.

299 Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 109 p. 145, i prekida se podnošenjem predloga za izdavanje privremene mere.

300 Beysen, E., 2001a, pp. 49, 174.

1. reč. 2. BW. *Objektivni rok od godinu dana* od oduzimanja potiče iz rimskog prava i važio je kada se tražilo da pretor izda interdikt *unde vi* (za razliku od roka za traženje interdikta *uti possidetis*), da bi docnije postao rok i za druge interdikte.³⁰¹ Takav *jedinstveni objektivni rok od godinu dana* za oduzimanje i uznemiravanje biće možda i evropska budućnost, budući da ga predviđaju član VIII–6:203. stav 1. i član VIII–6:204. stav 1. DCFR.

A evo i varijacija roka koji je propisan samo za *oduzimanje*. U Kini je *objektivni jednogodišnji rok* ostavljen držaocu da traži da mu se vrati protivpravno uzeta stvar, i počinje teći od oduzimanja stvari, član 245. Zakona o stvarnom pravu. Koliko vidim, sada uopšte *najduži rok* poznaju član 160. Gz Gruzije, član 308. Gz Mongolije i član 90. Gz Moldavije: ako je savesnom držaocu stvar oduzeta, može da je zahteva od novog držaoca u roku od *tri godine*. Videti i član 181. Gz Turkmenistana. To je još uvek znatno kraće od roka zastarelosti koji je za posesornu *actio spolii* iznosio *30 godina*.

Nema jedinstva ni u pogledu *početka roka*. U Francuskoj, u načelu jednogodišnji rok počinje sa prvom radnjom smetanja koja se ponavlja, mada je prihvaćeno i to da, kada se smetanje formira postepeno, sudija suvereno može da odredi od kog časa se može uzeti da ono postoji.³⁰² U Nemačkoj i Švajcarskoj, naprotiv, jednogodišnji rok počinje iznova sa svakom novom radnjom, a takođe i ako se stanje smetanja stvoreno radnjom bitno promeni u međuvremenu, počinje iznova sa svakom takvom promenom.³⁰³

3. *Rokovi za samopomoć*. Redovno se u uporednom pravu *ne podudaraju* vremenski režimi za utuženje i za samopomoć, počevši od toga da *redovno ne postoji jedinstveni rok za oboje*, bilo da se radi o vršenju samopomoći po opštim propisima (kao, na primer, u Francuskoj, Belgiji, Italiji), bilo o posesornoj samopomoći, na koju ću se ograničiti u ovoj prilici. U Austriji se odstupilo od zakonskog teksta koji opisuje samopomoć kao odbijanja sile silom, § 344 ABGB, jer se prihvata i samopomoć u svrhu vraćanja već oduzete stvari, ali *neodložno* vršena, u direktnoj vremenskoj vezi sa napadom,³⁰⁴ dok se tužiti može godinu dana od saznanja za smetanje. U Nemačkoj, zasmetani držalac, makar bio i manljiv, može se braniti od svakoga i od svačijeg nedopuštenog smetanja, dakle i od onoga prema kome je manljiv,³⁰⁵ sprečavajući uznemiravanje ili oduzimanje; ako je doš-

301 Kaser, M., Knütel, R., 2003, p. 132.

302 Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, n° 109. pp. 145–146.

303 Stark, E. W., 1984, pp. 271–272; Stark, E. W., 2003, p. 2122; Portmann, R., 1997, p. 163; Weber, F., 1975, pp. 79. i d.; Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 61; Joost, D., 2009, p. 73; Bund, E., 2007, p. 186.

304 Kao u prim. 272.

305 Wieling, H. J., 2006, pp. 196–197; Müller, T., 2010, pp. 48, 76.

lo do uznemiravanja, pravo na samopomoć prestaje, po nekima, godinu dana od smetanja, a po drugima, može se vršiti vremenski neograničeno, sve dok stanje uznemiravanja traje (na primer sve dok se tu nalazi postavljeni uređaj);³⁰⁶ ako je držaocu oduzeta *pokretna stvar*, može je vratiti uzevši je samo od smetaoca ako ga je *zatekao pri uzimanju ili progoneći ga*, dakle neposredno po oduzimanju, § 859. st. 1. i 2. BGB, a ako mu je oduzeta državina *nepokretnosti*, može je po oduzimanju samo *bez odlaganja* opet uspostaviti, § 859. stav 3, s tim što su rokovi objektivni, počinju od oduzimanja, a ne od saznanja;³⁰⁷ za razliku od svega toga, može tužiti u roku od godinu dana od oduzimanja, odnosno uznemiravanja, § 864. stav 1. Isto je rešenje čl. 985. i 992. Gz Grčke.³⁰⁸ Gz Poljske određuje da držalac u slučaju smetanja državine pokretnosti pređašnje stanje uspostavlja *smesta*, a kod nepokretnosti, *bez odlaganja*, član 343. § 2, dok pravo na posesornu tužbu prestaje godinu dana od smetanja, član 344. § 2. U Švajcarskoj, zasmetani držalac (ne i manljivi prema onome u odnosu na kojeg je manljiv) takođe može da se brani od uznemiravanja i pokušaja oduzimanja, i to sve dok napad traje, odnosno dok traje stanje uznemiravanja;³⁰⁹ a ako mu je silom ili potajno oduzeta *nepokretnost*, može ponovo uspostaviti državinu odstranjajući smetaoca sa nje, odnosno čineći šta je potrebno za povraćaj državine (na primer razbijajući novopostavljenu bravu), samo *bez odlaganja*, *neposredno pošto je saznao ili mogao saznati za oduzimanje*, a silom ili potajno oduzetu *pokretnost* vratiti, ponovo je uzevši samo od *na delu zatečenog* ili *neposredno potom progonjenog smetaoca*, član 926. stav 2. ZGB.³¹⁰ Tužbu pak može da podnese sve dok ne protekne godina dana od smetanja, ali samo bez odlaganja, pošto je saznao za smetaoca, član 929. st. 1. i 2. ZGB. Član 913. Gz Letonije ovlašćuje držaoca da sam *bez odlaganja* štiti državinu koju ima, a za tužbu mu ostavlja rok od godinu dana od smetanja, odnosno od saznanja, čl. 925, 926. Po Gz Mađarske, samopomoć radi vraćanja oduzete državine vrši se *bez odlaganja*, dok se zaštita može tražiti od notara u roku od godinu dana od smetanja, član 190. stav 1, član 191. stav 1. Međutim, za razliku od svega iznetog, po ranijem mađarskom pravu, samopomoć u vidu ponovnog uspostavljanja *oduzete* državine na nepokretnosti mogla se vršiti *godinu dana* od oduzimanja, koliko je iznosio i rok za tužbu.³¹¹

Isti su ili približni rokovi za sudsku zaštitu u državama u kojima uz sudsku zaštitu postoji posesorna samozaštita (na primer, godina dana u

306 Kao u prim. 286.

307 Bund, E., 2007, p. 163; Joost, D., 2009, p. 59.

308 Eleftheriadou, E., 1999, p. 40.

309 Stark, E. W., 1984, p. 245; Stark, E. W., 2003, p. 2114.

310 Stark, E. W., 1984, p. 245–246; Stark, E. W., 2003, p. 2114

311 Pfeifer, R., 1929, pp. 531, 536.

Nemačkoj), i tamo gde je ona opšta (recimo, godina dana u Francuskoj), što opet pokazuje, kao i u pogledu spajanja rokova iste dužine ali sa suprotnim režimima u pogledu njihove objektivnosti i subjektivnosti, i u pogledu njihove prekluzivnosti ili zastarnosti, da se ne može ustanoviti nikakva pravilnost, tj. da nema jedinstvenog činioca za konstrukciju rokova.

Jedina je konstanta i za sudsku zaštitu i za samopomoć da neki rok za njih uvek postoji.

VII. UTICAJ RAZLOGA POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE NA RAZLIČITOST REŽIMA ZAŠTITE? UTIČU LI TEORIJE O RAZLOGU NA REŽIM, I OBRNUTO, REŽIM NA ODRŽIVOST TEORIJA?

Na kraju ovog, ograničenog (prvenstveno uporednopravnog) putovanja, jasno se vidi da iste oznake „posesorna zaštita” („zaštita državine”, „državinska zaštita”) i „posesorna zaštita državine” označavaju više raznovrsnih pojava među kojima postoje znatne i značajne razlike. Te razlike, bar one koje smatram najvažnijim, sada ću eksplicirati u jednom rezimeu. Svaku takvu razliku prpratitiću pitanjima koja mi se čine razložnim ako se bavimo istraživanjem razloga posesorne zaštite državine (mada se ne može potvrditi da su ona odomaćena u pravnoj književnosti, zabavljenoj razlogom posesorne zaštite državine). A čine mi se tada i obaveznim: kad smo konfrontirani sa tim i tolikim istorijskim i uporednim razlikama, manje od toga se ne može pitati ako pitanje o razlogu zaštite ne treba da ostane apstraktno.

1. Kada je reč o sudskoj posesornoj zaštiti državine, osnovna razlika je što negde ta zaštita znači zaštitu državine koja je ostvariva posve nezavisno od postojanja tužiočevog i tuženikovog prava na državinu i tuženikovog jačeg prava (apsolutna posesorna zaštita državine). Drugde, nepostojanje prava tužioca na državinu, pravo tuženog na državinu ili jače pravo tuženog sprečavaju posesornu zaštitu zasmetanog tužioca, tako da posesorna zaštita državine tu označava zaštitu državine zavisnu od nepostojanja tužiočevog ili tuženikovog prava na državinu, ili tuženikovog jačeg prava (relativizovana posesorna zaštita državine). Dok je svaka apsolutna posesorna zaštita državina ista u tom smislu da nijedan petitorsni element ne može da je spreči, dotle neapsolutno koncipirana zaštita nije svuda podjednako relativizovana obaziranjem na petitorsni element: negde se na putu posesornoj zaštiti može isprečiti petitorsni prigovor, negde prigovor petitorne apsorpcije, negde petitorsna protivtužba, negde nešto od toga a negde sve.

Teško da može biti većih razlika u toj početno bitnoj stvari – da li petitorni element nema nikakvog uticaja na mogućnost zaštite ili ga ipak ima, i kakvog. A opet se sve te toliko međusobno različite pojave zaštite nazivaju isto. Ono što ih drži zajedno jeste samo to da se radi o zaštiti državine koja je, onda kada može da usledi, po zamisli uvek provizorna i najčešće hitna. Ne postoji danas posesorna zaštita državine koja bi bila koncipirana kao konačna i spora, a mogućnost da bude dostupna u dugom roku posle smetanja i u istoriji je ostala izuzetak (u slučaju *actio spoli*).

Minimum pitanja koji se tim povodom ne može ignorisati bio bi sledeći. Da li su provizornost i hitnost zaštite državine, dakle ti elementarni zajednički elementi savremene posesorne zaštite državine, određeni razlogom njenog postojanja, i koji je to razlog? I da li su teorije o razlogu (teorija mira, teorija ličnosti, teorija svojine i druge) u stanju da razlogom koji navode objasne provizornost i hitnost ove zaštite? Da li je isti razlog odgovarajući za razne modele posesorne zaštite državine, za apsolutnu zaštitu i za relativizovane, i to u svim njihovim varijantama? Može li teorija koja objašnjava razlog posesorne zaštite nezavisno od jačeg prava tuženog biti odgovarajuća i kao teorija o razlogu one posesorne zaštite koja je zavisna od jačeg prava tuženog?

2. I apsolutna posesorna zaštita državine i relativizovane vrste posesorne zaštite koju pruža javna vlast ostvaruju se nekada u istoj a nekada u različitim vrstama postupaka, nekada u posebnom posesornom parničnom postupku, nekada u opštem. Poseban sudski posesorni postupak ne ide neizbežno uz pojam posesorne zaštite državine. Postupak posesorne zaštite čak i ne mora biti isključivo u nadležnosti suda, mada je krajnje retko da je to stvar upravne nadležnosti. Zato ni ostvarivanje posesorne zaštite po posesornoj tužbi, odnosno u sudskom postupku, takođe nije apsolutno pojmovno obeležje one vrste posesorne zaštite državine koja se ostvaruje uz pomoć javne vlasti.

Da li različiti pravni putevi ostvarivanja posesorne zaštite državine i različito uređeni postupci podjednako odgovaraju razlogu posesorne zaštite državine? Jesu li, i koje, teorije o razlogu posesorne zaštite državine primenjive svojim razlogom, bez obzira na znatno različite režime postupaka u kojima se pruža zaštita?

3. Sudska posesorna zaštita državine, u svakoj svojoj varijanti, deli brzinu i provizornost kao zajedničke karakteristike sa zaštitom državine u postupku izdavanja privremene mere, ali se jedna od druge u svakom slučaju trojako bitno razlikuju (po osnovu pružanja, početku delovanja, i efektu). Mada one tako predstavljaju dve jasno različite pravne ustanove, sa dve različite funkcije, ipak je tamo gde je uređenje sudskog posesornog

postupka nepovoljno po stvar brzine zaštite, postupak izdavanja privremene mere marginalizovao posesorni parnični postupak.

S obzirom na to, gledano sa stanovišta razloga sudske posesorne zaštite državine, nije li ipak posredi funkcionalna zamenjivost ove dve pravne ustanove? Odgovaraju li, i koje, teorije o razlogu posesorne zaštite državine svojim razlogom i zaštiti državine putem privremene mere, i kombinovanju oba vida zaštite?

4. Hitnost i provizornost povezuju sudsku posesornu zaštitu državine i sa zaštitom državine putem dopuštene samopomoći. Ali to po čemu se sve one međusobno razlikuju, ne zavisi samo od toga da li je u zaštiti državine negde dopuštena samo opšta samopomoć, a drugde jedna privilegovana posebna posesorna samopomoć, nego zavisi i od toga koji je model sudske zaštite posredi a kako je uređena bilo opšta bilo posesorna samopomoć, jer su i unutar svake vrste samopomoći razlike znatne: koliko su po uslovima blizu ili daleko od režima nužne odbrane i stanja nužde, da li osim defanzivne postoji i ofanzivna, koliko se razlikuju kod oduzimanja i kod uznemiravanja.

Da li sa stanovišta onoga što predstavlja razlog za posesornu zaštitu državine uopšte ima mesta za samopomoć, ne samo posebnu posesornu, nego i opštu? Da li su isti razlog sudske posesorne zaštite državine i razlog njezne zaštite putem samopomoći? Favorizuje li razlog sudske posesorne zaštite državine opštu samopomoć ili posebnu posesornu samopomoć? Kako na održivost raznih teorija o sudskoj posesornoj zaštiti državine utiče kombinovanje sudske posesorne zaštite sa određenim tipom samopomoći?

5. Nema sudske posesorne zaštite državine ni posesorne samopomoći koje su vremenski neograničeno dostupne zasmetanom držaocu. I to se smatra izrazom brzine i provizornosti posesorne zaštite državine. Pošto ta zaštita treba da bude samo provizorna, može da bude hitna – pošto treba da bude hitna, može da bude samo provizorna. Zaštita koja je zamišljena kao nekonačna i hitna, naprosto se i ne može tražiti vremenski neograničeno u odnosu na njen povod – smetanje državine. Pošto posesorna zaštita državine nikada nije jedina zaštita povodom smetanja državine, jer istim povodom postoji i sporiya ali konačna (petitorna) zaštita, onda su posesorna tužba, odnosno mogućnost vršenja samopomoći svuda vezani rokom. Rokovi su različitih vrsta: ili su, retko, jednaki za samopomoć i tužbu, ili su, redovno, vidno različiti, ili su nenumerički (bez odlaganja, neposredno po smetanju) ili su numerički, a onda različite dužine, ali uvek shvaćeni kao kratki, i kraći od rokova za traženje petitorne zaštite, ili su nejednaki za oduzimanje i za uznemiravanje ili je rok jedinstven za oba vida smetanja, ili su subjektivni ili objektivni, ili su prekluzivni ili zastarni, a i ako su prekluzivni, sud ne pazi svuda *ex officio* na njihov istek.

Dopušta li ono što je razlog posesorne zaštite državine uopšte iole vremenski izdašniju raspoloživost samopomoći, odnosno tužbe, i koje su vrste rokova za samopomoć, odnosno tužbu u skladu s tim razlogom? Kakav stav prema raznim vrstama i dužini rokova proističe iz raznih teorija o razlogu posesorne zaštite državine, a koja rešenja govore protiv razloga nekih teorija?

6. Posesorna zaštita državine, odnosno državinska zaštita nije sveposesorna zaštita jer ima brojnih slučajeva posesorno neštićene državine, opet vrlo različitih u raznim državama. Ima kako neštićenih državina koje su nezaštićene zbog svojih vrsta, tako i državina koje su nezaštićene zbog svojih svojstava (državine manljive, državine nezakonite, državine koje su u određenom periodu pre utuženja trajale kraće od državine smetaoca, državine nedovoljnog trajanja, državine kratkotrajne, državine iz proste uslužnosti), a i državina koje su nezaštićene zbog svojih objekata (državine pokretnosti).

Potiče li razgraničenje između šticećenih i neštićenih državina od razloga posesorne zaštite državine, i kako razlogom posesorne zaštite državine objasniti u raznim državama različitu liniju razgraničenja između posesorno šticećenih i posesorno neštićenih državina? Kako se postojanje posesorno neštićenih državina i neujednačenost delimitacije posesorno šticećenih od neštićenih državina odražava na održivost raznih teorija o razlogu posesorne zaštite državine?

7. Ali sudska posesorna zaštita državine, odnosno sudska državinska zaštita nije isključivo posesorna zaštita u tom smislu da predstavlja zaštitu samo državine, jer se negde isti tip zaštite pruža i nedržavini – detentorima, pritežiocima. Dakle, negde važi jednačina: posesorna zaštita državine = posesorna zaštita državine + posesorna zaštita nedržavine, detencije, pritežanja. U tom drugom elementu jednačine, izraz posesorna trebalo bi zameniti izrazom detentorna, a ceo pravni institut takve zaštite zvati: posesorna i detentorna zaštita (ili posesorno-detentorna). Ali mada postoje i slučajevi petitorne zaštite pritežanja (istina, ređi od petitorne zaštite državine), ni izraz posesorna zaštita pritežanja nije smetnja jer se njime, i kada se štiti nedržavina, pritežanje, hoće prvenstveno naglasiti da se ne radi o petitornoj zaštiti (u odnosu na koju se „posesorna zaštita” učvrstila kao opozicija u pojmovnom paru), nego o zaštiti koja je ili posve nezavisna od petitorne ili je u tom pogledu relativizovana.

Da li ono što je razlog posesorne zaštite državine odgovara i za posesornu (tj. nepetitornu) zaštitu nedržavine, pritežanja? Da li su, i koje, teorije podesne da razlogom na kojem zasnivaju posesornu zaštitu državine objasne i posesornu (nepetitornu) zaštitu nedržavine, pritežanja?

8. Koncept državine (ni subjektivni, ni objektivni) nije sam taj koji određuje područje primene posesorne zaštite, a ni određeni model posesorne zaštite državine (apsolutne ili relativizovane) ne stoji u korelaciji sa određenim konceptom državine (subjektivnim ili objektivnim) – oba modela uređenja posesorne zaštite srećemo u državama nezavisno od toga koji je koncept državine u njima na snazi. Koncept državine nije ni taj koji određuje širinu područja primene posesorne zaštite državine – kao što u državama u kojima su na snazi različiti koncepti državine nisu znatnije razlike u pogledu slučajeva posesorne zaštite državine, tako su u državama sa istim konceptom državine nejednaki domeni posesorne zaštite. Oba koncepta državine spojiva su i sa užim i sa širim poimanjem smetanja državine, kako se vidi iz situacije u raznim državama. Širina primene posesorne zaštite državine u državama sa tradicionalnim, užim pojmom smetanja državine približila se državama sa modernim, širim pojmom smetanja državine kao oduzimanja ili uznemiravanja državine nedopuštеноm samovlašću, što zahvaljujući širokom tumačenju nasilnog ili potajnog oduzimanja ili uznemiravanja državine kao vidova užeg pojma smetanja državine, što dodavanjem i drugih modaliteta (naročito smetanja lukavstvom, prevarom).

Budući da se područje primene zaštite državine u državama sa užim pojmom smetanja približilo onima sa širim pojmom, to se o razlogu posesorne zaštite ne može više razmišljati polazeći samo od razloga zaštite od nasilnog, potajnog i prekarističkog oduzimanja ili uznemiravanja državine? Ali kojem razlogu posesorne zaštite državine odgovara uža i kojem širi pojam smetanja državine? Mogu li teorije o razlogu posesorne zaštite državine, koje su uglavnom nastale za važenja tradicionalnog užeg pojma smetanja državine, i usredsređenosti na suzbijanje smetanja silom, svojim razlogom da podrže i moderan, širi pojam smetanja državine?

9. Lice koje izvrši radnju oduzimanja ili uznemiravanja državine ili pritežanja „prirodni” je adresat posesorne tužbe i radnji dopuštene samopomoći. Umesto njega, u toj ulozi mogu se pojaviti i drugi, negde širi krug lica, drugde uža, negde pod lakšim uslovima, negde pod težim, što objektivno pasivno legitimisanih, što subjektivno-objektivno pasivno legitimisanih: univerzalni sukcesori smetaoca, nalogodavci smetaocu, singularni sukcesori smetaočevi, sa šire ili uže shvaćenom nesavesnošću, ali i druga lica koja su naprosto aktuelni držaoci stvari koja je bila oduzeta, ne obavezno i da su nesavesna.

Kakvu vrstu pasivne legitimacije i kakvu kompoziciju kruga pasivno legitimisanih povlači za sobom razlog posesorne zaštite državine, i mogu li se neujednačenosti u formiranju kruga pasivno legitimisanih pripisati razlogu posesorne zaštite? Jesu li, i koje, teorije o razlogu posesorne zaštite

državine pomirive sa različito ustrojenim krugovima pasivno legitimisanih za tužbu i samopomoć?

Sa ovakvim prtljagom pitanja, koji smo doneli sa (pretežno) uporednopravnog puta upoznavanja modela posesorne zaštite državine, stojimo sada na početku puta potrage za razlogom (osnovom, ciljem, funkcijom) posesorne zaštite državine. Već zbog pitanja takvih kakva su u tom prtljagu, ta će potraga biti drugačija nego što je uobičajeno, a tek će se na kraju znati – da li i uspešnija.

LITERATURA

1. Almási, A., 1923, *Ungarisches Privatrecht*, Bd. 2, Berlin i dr.
2. Amend, A., 2001, Aktuelles und historisches zur richterlichen Anerkennung des possessorischen Besitzschutzes (BGH NJW 1999, 425), *Juristische Schulung*, 2.
3. Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, *Sachenrecht*, München.
4. Beghini, R., 2002, *Le azioni a difesa del possesso*, Padova.
5. Bericht über den Ablauf der Arbeitssitzung der Privatrechtlichen Abteilung, 1964, u: *Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964*, Bd. II, 1. Teil, I. Referate, II. Diskussionsbeiträge, Wien.
6. Beermann, C., 2000, *Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten (Eine Untersuchung zum Rechtsbesitz: Versuch der Rechtfertigung eines verkannten Instituts aus rechtshistorischer Sicht)*, Münster i dr.
7. Beysen, E., Belgien, u: Bar, C. von (ur.), 2001, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 4, Osnabrück.
8. Beysen, E., Frankreich, u: Bar, C. von (ur.), 2001, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 4, Osnabrück.
9. Billeter, A., 1889, *Der Begriff des Besitzes nach römischem und canonischem Recht in Vergleich mit dem zürcherischen Recht*, Uster-Zürich.
10. Boehmer, G., 1965, *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tübingen.
11. Bund, E., Besitz, u: Gursky, K.-H. (ur.), 2007, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, München.
12. Bydlinski, P., 1998, Die Eigenmacht im Besitzstörungsrecht, *Österreichische Richterzeitung*, 2.
13. Caspari, S., Nieper, F., Einführung in die Materie der Bücher 3, 4 und 5, u: Nieper, F., Westerdijk, A. S. (ur.), 1996, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 3, Allgemeiner Teil des Vermögensrechts*, The Hague.
14. Caterina, R., Il possesso, u: Gambaro, A., Morello, U., 2010, *Trattato dei diritti reali, vol. 1, Proprietà e possesso*, Milano.
15. Csanádi, G., Eigentumsrecht, u: Eörsi, G. (ur.), 1963, *Das Ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest.
16. Coing, H., 1989, *Europäisches Privatrecht, Bd. II, 19. Jahrhundert (Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern)*, München.

17. Coing, H., 1985, *Europäisches Privatrecht, Bd. I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München.
18. Collan, M., Koivulla, J., Finnland, u: von Bar, C. (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführung und Gesetzestexte)*, Bd. 1, Osnabrück.
19. Curti-Forrer, E., 1911, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (mit Erläuterungen)*, Zürich.
20. Dedek, H., 1997, Der Besitzschutz im römischen, deutschen und französischen Recht – gesellschaftliche Gründe dogmatischen Wandels, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2.
21. Düring, E., 1918, *Die Besitzschutzklagen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuche*, Luzern.
22. Escher, M., Art. 1140. Possesso, u: Cendon, P., 2009, *Commentario al Codice civile, art. 1140–1172, Possesso*, Milano.
23. Eccher, B., Erste Abteilung des Sachenrechtes, Von den dinglichen Rechten, Erstes Hauptstück, Von dem Besitze, u: Koziol, H. i dr. (ur.), 2007, *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien.
24. Eccher, B., Schurr, F. A., Christandl, G., 2009, *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien.
25. Eleftheriadou, E., Griechenland, u: Bar, C. von (ur.), 1999, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 3, Osnabrück.
26. Ehrenzweig, A., 1957, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Bd., 2. Hälfte, Das Sachenrecht*, Wien.
27. Eichler, H., 1957, *Institutionen des Sachenrechts (Ein Lehrbuch)*, 2. Bd., 1. Halbbd., *Eigentum und Besitz*, Berlin.
28. Enders, P., 1991, *Der Besitzdiener – Ein Typusbegriff*, Baden-Baden.
29. Fasching, H. W., 1990, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien.
30. Ferid, M., Sonnenberger, H. J., 1986, *Das Französische Zivilrecht, Bd. 2, Schuldrecht Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht*, Heidelberg.
31. Floßmann, U., 2008, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, Wien.
32. Füller, J. T., 2006, *Eigenständiges Sachenrecht*, Tübingen.
33. Gordley, J., Mattei, U., 1996, Protecting Possession, *The American Journal of Comparative Law*, 2.
34. Goubeaux, G., 1976, L'extension de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs, *Repertoire du Notariat Defrénois*.
35. Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, *Procédure civile (Droit interne et droit communautaire)*, Paris.
36. Gursky, K.-H., Der Besitzschutz, u: Westermann, H., Westermann, H. P., Gursky, K.-H., Eickmann, D., 2011, *Sachenrecht*, Heidelberg.
37. Hartung, F., 2001, *Besitz und Sachherrschaft*, Berlin.
38. Héron, J., Bars, T. Le, 2006, *Droit judiciaire privé*, Paris.
39. Heck, P., 1930, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen.
40. Hinderling, H., Der Besitz, u: Gutzwiller, M. i dr. (ur.), 1977, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 1. Halbbd.*, Basel i dr.
41. Huber, E., 1914, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments, 2. Bd., Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900*, Bern.

42. Iro, G., 2002, *Bürgerliches Recht, IV, Sachenrecht*, Wien.
43. Jenny, K., 1915, *Der Besitzbegriff (nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch)*, Zürich i dr.
44. Joost, D., Besitzschutz und Nutzungsinteresse, u: Martinek, M. i dr. (ur.), 2010, *Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010*, Berlin.
45. Joost, D., Besitz, u: Gaier, R. (ur.), 2009, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz*, München.
46. Kaser, M., 1975, *Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen*, München.
47. Kaser, M., 1971, *Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht*, München.
48. Kaser, M., Hackl, K., 1996, *Das römische Zivilprozessrecht*, München.
49. Kaser, M., Knütel, R., 2003, *Römisches Privatrecht*, München.
50. Kodek, G. E., 2002, *Die Besitzstörung: materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes*, Wien.
51. Koziol, H., Welsch, R., Kletečka, A., 2006, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien.
52. Landmann, V., 1975, *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht*, Zürich.
53. Lurger, B., Faber, W., (Eds.), 2011, *Principles of European Law – Study Group on a European Civil Code, Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq. Own.)*, Munich.
54. Magri, M., Delle azioni a difesa del possesso, u: Cendon, P. (ur), 2009, *Commentario al Codice civile, Art. 1140–1172: Possesso*, Milano.
55. Mayer-Maly, T., 1991, *Römisches Privatrecht*, Wien i dr.
56. Mazeaud, H. – L. – J., Chabas, F., 1994, *Leçons de droit civil, tome II, deuxième vol., Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, Paris.
57. Michelet, É., 1973, *La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*, Paris.
58. Müller, T., 2010, *Besitzschutz in Europa (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft)*, Tübingen.
59. Nieper, F., Ploeger, H., Niederlande, u: Bar, C. von (ur), 1999, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte), Bd. 3*, Osnabrück.
60. Niggli, W. R., 1993, *Der Besitz – ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, Basel.
61. Nikolić, D., 1995, *Građanskopravna sankcija (Geneza, evolucija i savremeni pojam)*, Novi Sad.
62. Opilio, A., 2010, *Liechtensteinisches Sachenrecht (Arbeitskommentar)*, Band II, Art 265 bis 571 SR, Dornbirn.
63. Pfeifer, R., Besitz, u: Schlegelberger, F.(ur.), 1929, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. II, Berlin.
64. Plancker, L., Pfeifer, K., Italien, u: Bar, C. von (ur.), 2001, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 4, Osnabrück.
65. Poczobut, J., Polen, u: Bar, C. von (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 2, Osnabrück.
66. Portmann, R., 1997, *Der Besitzschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (mit Kurzdarstellung des Besitzschutzverfahrens nach der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern)*, Entlebuch.

67. Rey, H., 1991, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I*, Bern.
68. Sachenrechtsgesetz der VR China, u: Münzel, F. (ur.), *Chinas Recht*, 16.3.07/1, (<http://www.docin.com/p-47664361.html>, 02.12.2013).
69. Savigny, F. C. von, 1967, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Darmstadt, 7. izd.
70. Savigny, F. C. von, 1803, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Gießen, 1. izd.
71. Schubert, W., 1966, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (Ein Beitrag zur Entstehung des BGB)*, Berlin.
72. Schreiber, 1993, *Possessorischer und petitorischer Besitzschutz, Jura*.
73. Seabra, M. M. R. A. C. de, Alencar Xavier Y. M. de, Portugal, u: Bar, C. von (ur.), 1999, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführung und Gesetzestexte)*, Bd. 3.
74. Sosnitza, O., 2003, *Besitz und Besitzschutz (Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht)*, Tübingen.
75. Spielbüchler, K., Von dem Besitze §§ 309–352, u: Rummel, P. (ur.), 2000, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd.*, Wien.
76. Stark, E. W., Der Besitz, Art. 919–941, u: Honsell, H. i dr. (ur.), 2003, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art 1–61 SchlT ZGB*, Basel i dr.
77. Stark, E. W., Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, u: Meier-Hayoz, A, (ur.), 1984, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Das Sachenrecht, 3. Abt., 1. Teilbd.*, Bern.
78. Stürner, R., Einstweiliger Rechtsschutz: General Bericht, u: Storme, M. (ur.), 2003, *Procedural Laws in Europe (Towards Harmonisation)*, Antwerp.
79. Terré, F., Simler, P., 1998, *Droit civil, tome 6, Les biens*, Paris.
80. Trabucchi, A., 2001, *Istituzioni di diritto civile*, Padova.
81. Tuor, P., Schnyder, B., 1986, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich.
82. Tychý, L., Protection and Transfer of Possession, u: Faber, W., Lurger, B. (ur.), 2008. *Rules for the Transfer of Movable (A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?)*, Munich.
83. Vékás, L., Ungarn, u: v. Bar, C. von (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte)*, Bd. 2, Osnabrück.
84. Vodinelić, V. V., Šta se štiti u posesornom postupku? (O pojmu i prirodi državine /poseda/), u: Uzelac, A. i dr. (ur.), 2013, *Djelotovorna pravna zaštita u parničnom postupku – Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe (Liber amicorum Mihajlo Dika – Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr sc. Mihajla Dike)*, Zagreb.
85. Voirin, P., Goubeaux, G., 2009, *Droit civil, Tome 1, Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris.
86. Wacke, A., Besitzschutz und Selbsthilfeverbot im deutschen und italienischen Recht, u: Mansel, H.-P. i dr. (ur.), 2004, *Festschrift für Erik Jayme*, Bd. 2, München.
87. Weber, F., 1975, *Die Besitzschutzklagen, insbesondere ihre Abgrenzung von den petitorischen Klagen*, Wettingen.
88. Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, Besitz und Besitzschutz heute, u: *Verhandlungen des Zweitenösterreichischen Juristentages Wien 1964, Bd. II, 1. Teil*, Wien.

89. Westermann, H., 1960, *Sachenrecht (Ein Lehrbuch)*, Karlsruhe.
90. Wieling, H. J., 2006, *Sachenrecht, Bd. 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin.
91. Wilhelm, J., 1993, *Sachenrecht*, Berlin.
92. Windscheid, B., Kipp, T., 1906, *Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd.*, Frankfurt a. M.
93. Wolff, M., Raiser, L., 1957, *Sachenrecht*, Tübingen.
94. Zénati, F., 1989, *Jurisprudence française en matière de droit civil – Propriété et droits réels, Revue trimestrielle de droit civil*, 3.
95. Zuklínová, M., Tschechien, u: Bar, C. von (ur.), 2000, *Sachenrecht in Europa (Systematische Einführungen und Gesetzestexte), Bd. 2*, Osnabrück.

WHAT IS THE PURPOSE OF POSSESSORY PROCEEDINGS? ON THE REASONS FOR POSSESSORY PROTECTION OF MERE POSSESSION

Part 1. JUDICIAL PROTECTION OF MERE POSSESSION

Vladimir V. Vodinelić

SUMMARY

The author examines the reason (objective, basis, function) of the existence of judicial protection of mere possession, as a separate remedy alongside petitory action, and tests the sustainability of theories in relation to such a reason. In Part 1 (published in this issue) the author presents historical and comparative models of regulation of such remedies, relationship to petitory action, petitory objection, objection of petitory absorption and petitory counterclaim, types of proceedings in which protection is afforded, relationship towards preliminary injunction proceedings and self-help of the possessor, object of the protection, infringement of possession, passive legitimation etc. In some jurisdictions possessory protection is absolute: it is completely independent of the plaintiffs and respondent's right to mere possession and the respondent's better right (especially the *non-cumul* principle). In others, possessory protection excludes the respondent's better right (relativised possessory protection): as the *petitorium absorbet possessorium* objection, as a petitory objection of the better right, or as a petitory counterclaim. Such protection is always provisory, and usually urgent, provided in a separate, accelerated (summary) civil procedure; in other cases the judicial procedure applied is general civil procedure, while in the least number of cases the protection is provided by administrative authorities. There is a widespread idea that since the protection only needs to be provisory, that it can be urgent, and since it should be urgent, that it is allowed for it to only be provisory. Urgency and

provisory nature are also characteristics of protection of mere possession through injunction to protect possession, but there are significant differences between the two in the basis for protection, coming into effect and nature of effects. Even though their functions differ, the injunction procedure has nevertheless repressed the possessory civil procedure where the latter has not sped up. Urgency and provisory nature also connect judicial possessory protection to protection via permitted self-help. However, their mutual relations differ in different states, due to the fact that possessory self-help is diversely regulated in individual states in respect of the scale of its differences to the general regime of self-defence, state of emergency and self-help, if it is purely defensive or offensive as well, and how much it differs in the case of deprivation of possession than in the case of interference with possession, but also because different models of judicial possessory protection are combined with different models of both general self-help and privileged special possessory self-help. As possessory protection is never the only form of protection from infringement of possession, due to the fact that there is always a slower but final petitory protection, possessory action and self-help are always tied by deadlines. Deadlines are seldom equal for self-help and judicial action. There is no possessory protection today which would be accessible in a longer period after possession has been infringed, such as was the case with *actio spoli* since the Middle Ages. However, the deadlines differ significantly, from immediate, through thirty days, to one or three years, be they objection, subjective, preclusive or subject to statute of limitation, the same or different for dispossession or interference with possession. Possessory protection is not provided to any possession: in different jurisdictions there are types of possession unprotected due to their type (indirect contrary to direct, joint possession in relation to co-possessors, tabular possession), due to their characteristics (faulty or illegal possessions, the ones which lasted for a shorter period before judicial action than the infringers possession, short possessions, possessions for the reason of simple courtesy), or due to their objects (possession of movables). Judicial protection of mere possession, on the other hand, is not exclusively a protection of possession, because the same type of protection is somewhere provided to non-possession – to detentors and mere detentors. The concept of mere possession (subjective, Roman or objective, German) does not determine the area of application of possessory protection, i.e. which possessions and which non-possession shall be protected: there is no significant difference between jurisdictions in that respect depending on the adopted concept of mere possession, but there are differences even within jurisdictions which adopt the same concept of mere possession. Neither is the concept of mere pos-

session in correlation with the model of possessory protection (absolute or relativised). And the model of possessory protection (absolute or relativised) is not in co-relation with a specific notion of infringement of possession: everywhere is possession a protection against dispossession and interference and the narrower (traditional, Roman) notion of infringement (*aut vi aut clam aut precario*) and the wider one (modern, German) notion (unlawful infringement) are seen in both the states familiar with the absolute possessory protection and the ones with the relativised concept. In the state where infringement of possession is understood in a narrower sense possessory protection has become more similar to the protection in states which adopted a wider notion of it, both a wider interpretation of forceful or stealth dispossession or infringement, both by adding other modalities as well (particularly infringement by trickery or fraud). Possession is always protected against the person performing the dispossession or interference with possession, and along its side, addressees of a possessory action or permitted self-help can, in some places, also be this person's universal successors, his/her principals, singular successors, or other persons which simply hold the dispossessed good, be they objectively passively legitimised (irrespective of their good faith) or subjectively and objectively, under harder, or under easier conditions. – Since those and such historical and comparative differences of possessory protection do exist, finally the author lists the issues for which he believes have to be posed in relation to each of these differences when the reason for possessory protection is examined: whether these differences are a reflection of the reason for possessory protection, and in accordance with that, and do they influence the sustainability of theories on the reasons for protection. These issues are addressed in Part 2. of this article (to be published in the next issue).

Key words: Possession, possessory protection of mere possession, self-help of possessor, petitory action, theories of reason (purpose, basis, function) of possessory protection.

Dostavljeno Redakciji: 21. oktobra 2013. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 18. novembra 2013. god.