

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

## ČEMU POSESORNI POSTUPAK? O RAZLOGU POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE\*\*

**Apstrakt:** U optičaju je pet teorija o razlogu posesorne zaštite državine, neke već vekovima, pojedine s varijantama, neke u kombinaciji s drugima. O sedam pitanja trebalo bi da učesnici u raspravi budu saglasni kako bi rasprava bila racionalna. Od razmatranja pitanja o razlogu zaštite, a time i o održivosti teorija o razlogu, nisu pošteđeni ni oni koji drže da nema potrebe za postojanjem posesorne zaštite državine, a ni oni koji državinu smatraju pravom pa drže da se njena zaštićenost podrazumeva. Kad se primene merila koja autor sugerise za ispitivanje teorija, proizlazi: da se svaka analizirana teorija (mira, ličnosti, svojine, kontinuiteta, najveće ekonomske koristi) zasniva na razlogu koji predstavlja društvenu vrednost; da svaka može svojim razlogom da objasni posesornu zaštitu u većinskom slučaju smetanja državine kada posesorna zaštita koristi stvarnom imaoocu prava, neobaveznom da trpi smetanje; da nijedna ne može da opravda to što u manjini slučajeva posesornu zaštitu uživa držalac neovlašćen da to bude ili obavezan da trpi smetanje; da nijedna teorija ne odgovara svakom modelu posesorne zaštite; da razlog nijedne teorije nije nešto specifično samo za posesornu zaštitu; da nijedna teorija ne može da otrpi imanentnu kritiku. Autor postavlja teoriju zatečene pojavne slike prava i obaveza. U njenom poređenju s ostalim teorijama pokazuje: da je i razlog koji ona navodi jedna društvena vrednost, da je i ona u stanju da objasni postojanje posesorne zaštite u većinskom slučaju smetanja, ali i da, za razliku od ostalih teorija, opravda njeno postojanje u manjinskom slučaju smetanja, da odgovara modelu i režimu relativizovane posesorne zaštite u Srbiji, i da je njen razlog specifičan za posesornu zaštitu. Na kraju, autor predočava kakvo mesto i ulogu ima razlog posesorne zaštite, i teorije o njemu, u postupku zakonodavnog uređivanja zaštite državine.

**Ključne reči:** teorije o razlogu (osnovu, cilju, funkciji) posesorne zaštite državine, uslovi za racionalnu raspravu, merila za ispitivanje teorija, imanentna i transcendirajuća kritika, teorija zatečene pojavne slike prava i obaveza, mesto i uloga razloga razloga posesorne zaštite u zakonodavnom uređenju zaštite državine.

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

\*\* Prvi deo ovog rada objavljen je u br. 2/2013.

Kada se pri upućivanjima u fusnotama navode samo brojevi stranica ili brojevi fusnota, misli se na stranice, odnosno fusnote iz Dela 1. i Dela 2. ovog rada.

## Deo 2.

## RAZLOG SUDSKE POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE

## I. ŠTA ZNAČI ISTRAŽIVATI RAZLOG SUDSKE POSESORNE ZAŠTITE? SMISAO PITANJA O RAZLOGU ZAŠTITE I NAČIN TRAŽENJA ODGOVORA

Ali će traganje za razlogom posesorne zaštite državine biti drugačije od uobičajenog, ne tek zbog najavljenih devet grupa pitanja koja će se pri tome imati u vidu (Deo 1, pod VII),<sup>312</sup> već zbog toga što i samo pitanje o razlogu posesorne zaštite državine: *šta uopšte znači pitati o razlogu sudske posesorne zaštite državine – koji je smisao tog pitanja?*, mora postati predmet ispitivanja, a što redovno nije slučaj. Taj metanivo, na kojem se ne pita o razlogu zaštite nego se pita o pitanju o razlogu zaštite, redovno se ne eksplicira pri raspravljanju. Nejasnoće i razlike među autorima u stavovima povodom pitanja sa tog nivoa (koje postoje bez obzira na to da li su autori svesni tog metanivoa) odgovorne su jednim delom za stanje diskusije o razlogu zaštite i za održavanje u raspravi pitanja i neslaganja kojih ne bi ni bilo da su metapitanja eksplicirana a opredeljivanje obrazloženo. Pošto različito razumevanje pitanja o pitanju razloga zaštite povlači za sobom i nejednak način postupanja pri istraživanju razloga zaštite, valja jasnim učiniti metodološki aspekt spora: *na koji način postupati tražeći razlog posesorne zaštite državine?* Bez toga, kako i jeste često u diskusiji, mešaju se plan imanentne kritike i plan transcendirajuće kritike teorija o razlogu posesorne zaštite državine. Evo tih pitanja o pitanju razloga zaštite oko kojih bi učesnici u raspravi morali postići saglasnost da bi se doista radilo o raspravi o istoj temi, jer u protivnom metodska razilaženja čine svoje („razgovor među gluvima”).

1. Tvrdnja da je nešto razlog zaštite može biti praćena zaključkom da ako je to razlog zaštite, onda uopšte nema razloga da postoji posesorna zaštita državine. Pitati šta je razlog zaštite zato implicira i bavljenje pitanjem: da li je posesorna zaštita uopšte potrebna, jer njena egzistencija valja da počiva na opravdanom razlogu. Tako sleduje i pitanje, da li je neka teorija o razlogu zaštite prihvatljiva ako je razlog koji navodi takav da za njegovo ostvarenje nije ni potrebno ni opravdano da postoji posesorna zaštita državine. 2. Moglo bi čak i ne biti mesta za ikakvu raspravu o razlogu zaštite i o potrebi postojanja te zaštite ako se smatra da je subjektivno pravo predmet posesorne zaštite, budući da se zaštićenost i zaštita subjektivnog prava razume sama po sebi. Moglo bi biti da je rasprava o razlogu zaštite smislena samo ako se drži da je državina fakt a ne pravo, pošto zaštita nekog fakta nije nešto što se podrazumeva. Valja, dakle, imati u vidu kakav bi mogao biti uticaj opredeljenja o predmetu zašti-

312 Str. 339–344.

te na rešavanje pitanja o razlogu zaštite, i da li se smatra da neka konkretna teorija o razlogu opstaje podjednako ako je ono što se štiti fakt i ako je pravo ono što se štiti. 3. Ne obećava rasprava ako jedni drže da utvrditi razlog zaštite znači naći takav razlog koji je u stanju da važi za zaštitu državine u svakom slučaju smetanja u kojem ona postoji, dok se drugi zadovoljavaju time da kao razlog zaštite prihvate ono što važi za većinu ili za tipične situacije smetanja. Tako da se nameće upit, da li je ispravan jedan ili drugi način odgovaranja na pitanje o razlogu zaštite, odnosno da li je prihvatljiva i teorija o razlogu koja odgovara samo većini slučajeva smetanja ili samo ona koja važi za sve slučajeve smetanja. 4. Samo će se prividno rasprava voditi o istoj stvari ako se pitanjem razloga zaštite neki bave apstraktno, nezavisno od bilo kojeg konkretnog modela zaštite, a drugi do stava o tome šta je razlog zaštite dolaze analizom nekog konkretnog modela posesorne zaštite državine, pri čemu je opet važno da li je to isti model – model apsolutne zaštite ili model relativizovane zaštite. 5. Istinska rasprava manjka i makar svi imali u vidu isti model posesorne zaštite državine ako, međutim, neki smatraju da nije potrebno da razlog važi za sve elemente pravnog režima zaštite, nego je dovoljno da važi za većinu ili za veći broj elemenata nego razlog neke druge teorije. Tako razilaženju može odvesti i stav o pitanju da li teorija mora biti u stanju da pokrije pravni režim zaštite u celosti ili samo parcijalno. 6. Odgovarati na pitanje razloga zaštite može se *de lege lata*, polazeći od važećeg rešenja za posesornu zaštitu, ili pak *de lege ferenda*, pravnopolitički. Ako se to čini *de lege lata*, tad se iz pozitivnopravnog rešenja (modela i režima) zaštite zaključuje na razlog zaštite. Pristup *de lege ferenda* dopušta, međutim, da se pođe od određenog stava o tome šta bi trebalo da je razlog zaštite, a da se onda ispituje da li su postojeći model i režim zaštite odgovarajući tom razlogu zaštite. Nije svejedno po učinak rasprave o održivosti neke teorije o razlogu da li se do njega došlo jednim ili drugim putem. 7. Stav prema ispitivanju razloga zaštite, a onda i prema nekoj teoriji o razlogu zaštite može zavisiti i od toga da li se smatra da taj razlog mora biti nešto što je specifično za posesornu zaštitu državine, ili je prihvatljiv i onaj razlog koji važi i za petitornu zaštitu.

## II. TEORIJE O RAZLOGU POSESORNE ZAŠTITE

Kao i o tome šta je državina (problem pojma) i da li je državina pravo ili fakt (problem njene pravne prirode), tako se i iskazi o razlogu posesorne zaštite državine sreću i ranije, ali tek u XIX veku reč je o intenzivnom sporu. Tada su jasno zaokružene ideje teorije mira, teorije ličnosti i teorije svojine, dok je XX vek tome priložio teoriju kontinuiteta i teoriju najveće ekonomske koristi. Gotovo svim teorijama je Nemačka rodno mesto, gde je i pre i sada teorijski spor najživlji. Prosečno, kao da se nova teorija rađa jednom u pedesetak godina. Ali ni najstarije teorije nisu izgubile pristalice (A). A postoje i kombinacije teorija (B).

## A) POJEDINE TEORIJE

U ovom času u opticaju je bar pet teorija koje u *jednom jedinom razlogu* nalaze ključ posesorne zaštite državine.<sup>313</sup>

1. *Teorija mira*.<sup>314</sup> Celovito ju je prvi put obrazložio Adolfus Fridericus Rudorff.<sup>315</sup> U obe varijante ove, verovatno najzastupljenije teorije, mir

313 Od potpunijih novijih pregleda teorija i zastupnika teorija vidi: u domaćoj lit. Čelić, D. M., 2008, *Pojam i zaštita državine*, Priština – Kosovska Mitrovica, str. 136. i d.; u nemačkoj lit. Wieling, H., Grund und Umfang des Besitzschutzes, u: Harder, M. et al. (ur.), 1980, *De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, pp. 568. i d.; Hartung, F., 2001, *Besitz und Sachherrschaft*, Berlin, pp. 37. i d.; Sosnitsa, O., 2003, *Besitz und Besitzschutz (Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht)*, Tübingen, pp. 32. i d.; Bund, E., 2007, *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. 69. i d.; Müller, T., 2010, *Besitzschutz in Europa (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft)*, Tübingen, pp. 225. i d.; u austrijskoj lit. Kodek, G. E., 2002, *Die Besitzstörung: materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes*, Wien, pp. 18. i d.; u švajcarskoj lit. 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, pp. 203. i d.; Hedinger, M. P., 1985, *System des Besitzrechtes*, Bern, pp. 55. i d.; u francuskoj lit. Dross, W., 2006, *La fonction ambiguë de l'action possessoire, Répertoire du notariat Defrénois*, pp. 127. i d.; u italijanskoj lit. Beghini, R., 2002, *Le azioni a difesa del possesso*, Padova, pp. 40. i d. – Od potpunijih starijih pregleda, v. Randa, A., 1865, *Der Besitz nach österreichischem Recht (mit Berücksichtigung des Gemeinen Rechtes, des preßischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches)*, Leipzig, pp. 82–87, a najinformativniji domaći davnašnji pregled sastavio je Đorđević, A., 1903, *System privatnoga (građanskoga) prava Kraljevine Srbije u vezi s međunarodnim privatnim pravom, Posebni deo, Knj. 2: Imovinsko pravo, I. razdeo: Stvarno pravo, I. sveska: Državina*, Beograd, str. 117. i d. – Upućivanje na lit. o sporu među teorijama u *common law* zemljama, kod Müller, T., 2010, p. 227. prim. 3.

314 U novijoj lit. ovu teoriju prihvataju, na primer, Hedinger, M. P., 1985, Bern, pp. 60. i d.; Galgano, F., 1992, *Diritto privato*, Padova, p. 137; Lipp, M., 1997, *Besitz und Besitzschutz im Bürgerlichen Recht, Juristische Schulung*, 8, p. L 59; Portmann, R., 1997, *Der Besitzschutz des schweizerischen Zivigesetzbuchs (mit Kurzdarstellung des Besitzschutzverfahrens nach der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern)*, Entlebuch, p. 4; Sosnitsa, O., 2003, pp. 40. i d., 42. i d., 45. i d., 74, 78–79, 375; Joost, D., *Besitz*, u: Gaier, R. (ur.), 2009, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz*, München, p. 17; Kodek, G. E., 2002, pp. 927. i d., 919. i d., Tratnik, M., *Posest*, u: Berden, A. i dr., 2002, *Novo stvarno pravo*, Ljubljana, p. 56; Kozziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien, pp. 274, 276–277. – Celovito ju je prvi obrazložio Rudorff, 1831, *Ueber den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 7, pp. 107. i d. – Upućivanja na zastupnike ove teorije u ranijoj lit. kod Randa, A., 1865, p. 6; Pawlowski, H.-M., 1961, *Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht*, Göttingen, p. 13. prim. 46; Wieling, H., 1980, p. 572. prim. 42; Hartung, F., 2001, p. 37. prim. 60, p. 38. prim. 67; Sosnitsa, O., 2003, p. 37. prim. 39.

315 Rudorff, 1831, pp. 107. i d.

se javlja kao opšti interes, a u novijoj, još i kao privatni. U starijoj varijanti, mir kojem posesorna zaštita služi shvaćen je samo kao javni interes, kao javni red i mir; u novijoj, još i kao privatni interes držaoca čije narušavanje smetanjem državine deluje na držaoca kao pokretački motiv zaštite. U starijoj varijanti, reč je o tome da samovlasno, pogotovo nasilno oduzimanje ili uznemiravanje državine narušava pravni mir time što stvara osećaj nesigurnosti i može kao odgovor izazvati nasilje. U novijoj varijanti, svrha zaštite je da sačuva državni monopol prinude: pošto je država građanima obezbedila da sporove reše pred sudom mirnim putem, samo država sme da upotrebljava silu a ne i građani; zato će onaj ko je sam, mimo države, ostvarivao pravo na koje pretenduje da ga ima, biti u državinskom postupku lišen onoga što je tako postigao, sve i da doista ima pravo, čime se odvraća od privatnog ostvarivanja pretendovanog prava i upućuje na redovni sudski put. Teorija ima pristalica i kod nas, kao što ih je imala i u Jugoslaviji.<sup>316</sup>

2. *Teorija ličnosti.*<sup>317</sup> Poreklo joj je u *Kantovom*<sup>318</sup> stavu da se oduzimanjem držaocu stvari iz njegove fizičke državine (*physischer, sinnlicher Besitz*) povređuje držaočevo unutrašnje moje (*innere Mein*), njegova sloboda, i time njegova ličnost. Pošto pravni poredak predstavlja ukupnost uslova pod kojima samovolja jednog lica može da se uskladi sa samovoljom drugog po opštim zakonima slobode, to je smetanje državine, tj. nepoštovanje tuđe volje svojim radnjama, bespravno. *Savigny*,<sup>319</sup> verovatno najpoznatiji među uglednim zastupnicima teorije ličnosti, naći će razlog posesorne zaštite u tome što je državina povezana sa ličnošću držaoca, pa se povredom državine ujedno povređuje ličnost držaoca, što je nedopušteno jer ličnost mora da se štiti od svake sile. Drugi će tvrditi da ličnost

316 Na primer, Gams, A., 1949, *Stvarno pravo*, Beograd, str. 49; Gams, A., 1959, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, str. 196; Stojanović, D. D. u: Stojanović, D. D., Pop-Georgiev, D., 1980, *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd, str. 154–155; Stojanović, D. D., 1998, *Stvarno pravo*, Beograd, str. 10–11; Finžgar, A., 1972, *Stvarno pravo, stvari, zemljiška knjiga, posest*, str. 118; Vukčević, V. P., 1974, *Smetanje poseda*, Beli Manastir, str. 98; Berden, A., 1979, *Lastnina (Temeljni pojmi)*, Ljubljana, str. 121–122; Simonetti, P., Predgovor, u: Eterović, A., 1989, *Smetanje posjeda (u sudskoj praksi)*, Sarajevo, str. 9.

317 U novijoj lit. zastupnici ove teorije su Wieling, H., 1980, pp. 578. i d.; Wieling, H. J., 2006, *Sachenrecht, Bd. 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin, pp. 122, 137. i d.; Wilhelm, J., 1993, *Sachenrecht*, Berlin, pp. 192–194. – Upućivanja na zagovornike ove teorije u ranijoj lit., v. kod Randa, A., 1865, p. 85. prim. 8, p. 85. prim. 9<sup>a</sup>, pp. 86–87. prim. 10; Đorđević, A., 1903, str. 124–125; Pawlowski, H.-M., 1961, p. 13. prim. 47, 48; Wieling, H., 1980, pp. 570. i d.; Sosnitsa, O., 2003, pp. 34. i d. prim. 22. i d., pp. 35. i d. prim. 28. i d.; Müller, T., 2010, pp. 228. i d. prim. 22. i d.

318 Kant, I., 1797, *Die Metaphysik der Sitten*, u: Königlich preußische Akademie der Wissenschaften (ur.), 1907, *Kant's gesammelte Schriften*, Berlin, pp. 246. i d. 230, 248, 250.

319 Savigny, F. C. von, 1967, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Darmstadt, 7. izd., 1864, pp. 55. i d. (u 6. izdanju, 1837, pp. 41. i d.).

čovjek ne ispoljava samo putem svoga tela nego i putem vlasti na stvarima, i da ni razvoj ličnosti ne bi bio moguć bez te vlasti na stvarima, te pošto je državina potčinjavanje stvari volji čovekovoju, to onda smetanje državine – budući da predstavlja akt kojim se licu, ne poštujući njegovu volju, nameće sopstvena volja – predstavlja zadiranje u ličnost držaoca, u njegovu volju, autonomiju i slobodu. Tako je zaštita državine od smetanja zaštitna ličnosti držaoca. U novijoj varijanti se o smetanju državine govori kao o povredi prava ličnosti. Teorija je našla zagovornike i kod nas.<sup>320</sup>

3. *Teorija svojine.*<sup>321</sup> Savigny je isprva smatrao da se državina štiti posesorno zato što za držaoca važi presumpcija da je vlasnik, a što on po pravilu i jeste.<sup>322</sup> Po *Jheringu*,<sup>323</sup> posesorna zaštita je skraćena, pojednostavljena, olakšana zaštita svojine i time dopuna petitorne zaštite svojine. Zahvaljujući postojanju posesorne zaštite, vlasnik je, kada traži od trećeg predaju svoje stvari, pošteđen zametnog, a nekada i nemogućeg dokazivanja svojine, jer ima samo da dokaže državinu i smetanje. Takva zaštita je opravdana jer se za držaoca stvari opravdano pretpostavlja da je vlasnik, pošto je u beskrajnoj množini slučajeva držalac doista ujedno vlasnik. Posesorna zaštita nije namenjena zaštiti državine kao državine nego svojini, a što će zaštitu dobiti nekad i onaj ko nije stvarno vlasnik, to je nužno zlo, cena koja se mora platiti da bi se vlasnicima olakšalo dokazivanje. Zahva-

320 Đorđević, A., 1903, str. 127.

321 Na primer, Eichler, H., 1957, *Institutionen des Sachenrechts (Ein Lehrbuch)*, 2. Bd., 1. Halbbd., *Eigentum und Besitz*, Berlin, pp. 2. i d. prim. 2; Steinwenter, A., 1958, *Recht und Kultur (Aufsätze und Vorträge eines österreichischen Rechtshistorikers)*, Wien, pp. 48. i d.; Seidl, E., 1963, *Römisches Privatrecht*, Köln i dr., p. 90; Wegan, J., *Besitz und Besitzschutz heute*, u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, *Besitz und Besitzschutz heute, Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages Wien 1964, Bd. II, 1. Teil, II. Diskussionsbeiträge*, Wien, p. 7; Wieser, E., 1970, *Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB, Juristische Schulung*, pp. 559. i d.; Meier, I., 1983, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht*, Zürich, p. 114; Voirin, P., Goubeaux, G., 2009, *Droit civil, Tome 1. Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris, n° 665, p. 291. – Na starije zastupnike ove teorije upućuju, na primer, Randa, A., 1865, p. 84, prim. 6, 7, p. 85. prim. 8; Pawlowski, H.-M., 1961, p. 13. prim. 52; Sosniza, O., 2003, pp. 33. i d. prim. 18–21; Müller, T., 2010, pp. 232. i d., prim. 42. i d.

322 Tako još i u 5. izdanju, Savigny, F. C. von, 1827, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Gießen, p. 10. Potom je promenio shvatanje i napustio teoriju svojine, držeći da ni presumpcija o držaocu kao vlasniku nije osnovana, pošto nema ništa više opravdanja verovatnoća da je držalac vlasnik nego da nije, 6. izd, 1837, pp. 41. i d., 7. izd., 1864, pp. 55. i d.

323 Jhering, R., 1868, *Beiträge zur Lehre vom Besitz, (Iherings) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 9, pp. 44. i d., 52. i d., 58. i d.; Jhering, R., 1869, *Über den Grund des Besitzschutzes (Eine Revision der Lehre vom Besitz)*, Jena, pp. 45. i d., 54, 64. i d.; Jhering, R. von, 1893, *Der Besitz, (Iherings) Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 32, pp. 58. i d.

ljujući posesornoj zaštiti, državina postaje svojinska pozicija, jedan istu-  
reni, spoljni bedem za odbranu svojine, i nešto što ima imovinskoprav-  
nu vrednost, budući da je državinom često već odlučena sudbina svojine.  
Varijanta teorije svojine je i shvatanje da se državina štiti da bi se tako  
vlasniku obezbedila povoljnija pozicija u pogledu tereta dokaza u even-  
tualnom potonjem petitornom postupku, jer ga po uspehu u posesornom  
sporu dovodi u ulogu tuženog u eventualnom potonjem petitornom spo-  
ru, čime ga pošteđuje od toga što bi u ulozi tužioca u petitornom sporu  
nosio tegoban teret dokaza da je vlasnik (*diabolica probatio*).<sup>324</sup> Zaštitom  
svojine, ali ne pretpostavljene ili postojeće nego tek anticipirane, buduće,  
u nastajanju, posesornu zaštitu objašnjava i varijanta ove teorije po kojoj  
se državina štiti zato što je državina osnov održaja koji vodi sticanju svo-  
jine, pa se tako državina štiti kao osnov buduće svojine.<sup>325</sup> Teorija svojine  
zastupana je i kod nas, u svakoj od tri varijante, a i u bivšoj Jugoslaviji.<sup>326</sup>

4. *Teorija kontinuiteta*.<sup>327</sup> Po Hecku,<sup>328</sup> posesorna zaštita državine  
služi obezbeđivanju postojane mogućnosti da se raspoláže dobrima. Svi

324 O ovoj varijanti v. kod Müller, T., 2010, pp. 235. i d., gde i objašnjenje da se ova teo-  
rija svodi na način argumentacije teorije svojine, p. 237. Na zastupnike u ranijoj lit.  
upućuju Đorđević, A., 1903, str. 118; Marković, L., 1927, *Građansko pravo, 1. knj.,*  
*Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd, str. 303.

325 Na zastupnike u ranijoj lit. upućuje Sosnitza, O., 2003, p. 34, prim. 21.

326 Perić, Ž. M., 1922, *Specijalni deo Građanskoga Prava, I, Stvarno pravo*, Beograd, str. 13;  
Jovanović, M. P., 1925, *Državina. Njena zaštita i održaj (Kritički pregled doktrine da drž-  
javina nije nikakvo pravo)*, Beograd, str. 189; Vuković, M., 1950, *Osnovi stvarnog prava*,  
Zagreb, str. 32; Legradić, R., 1957, *Teorija stvarnog prava i stvarno pravo FNRJ*, Skopje,  
str. 142; Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., 2006, *Stvarno pravo*, Niš, str. 63.

327 U novijoj lit. zastupnici ove teorije su Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, *Sachen-  
recht*, München, pp. 82–83; Amend, A., 2001, *Aktuelles und Historisches zur richterliche  
Anerkennung des possessorischen Besitzschutzes (BGH NJW 1999, 425)*,  
*Juristische Schulung*, 2, p. 125; Hartung, F., 2001, pp. 44. i d. – Upućivanje na pri-  
stalice ove teorije u ranijoj lit. kod Pawlowski, H.-M., 1961, p. 13. prim. 49; Har-  
tung, F., 2001, p. 44, prim. 97; Sosnitza, O., 2003, pp. 36. i d., prim. 35. i d. – Sudovi  
se retko izjašnjavaju o teorijama. Jedno takvo izričito opredeljenje za teoriju konti-  
nuiteta može se naći u odluci Okružnog suda u Splitu, Gž 1929/75 od 11.7.1976:  
„Posjedovna zaštita u stvari je zaštita više ekonomskog nego pravnog interesa, koji  
ima posjednik u tom pravcu da posjedovno stanje ostane nepromijenjeno, jer mu to  
omogućuje određene ekonomske koristi od stvari ili prava. Ako je očigledno da je  
takav ekonomski interes, za koji se u parnici traži zaštita [...]”

328 Teoriju je najpotpunije razvio, i profilisao u razlici spram drugih teorija, Heck, P.,  
1930, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen, pp. 13–14, 485–489. i d. U manje raz-  
vijenom obliku ista ideja konzervisanja, očuvanja kontinuiteta postojećih faktičkih  
odnosa iz ekonomskih interesa, odnosno zbog njihove ekonomske vrednosti, javlja se  
kod više autora u XIX veku kao razlog posesorne zaštite, na primer, Thibaut, A. F.,  
1823, *System des Pandekten-Rechts*, Bd. I, Jena, p. 224; Stahl, F. J., 1854, *Die Philoso-  
phie des Rechts*, 2. Bd., 1. Abteilung, Heidelberg, p. 395; Demelius, E., 1900, *Grundriß*

svakodnevno imaju potrebu za tim da stalno mogu imati na raspolaganju brojne stvari. To važi i u privrednom životu, kojem je uslov odvijanja da su sredstva za proizvodnju, upravne zgrade i sirovine neprestano raspoloživi. Zato državina, tj. faktičko raspolaganje dobrima, predstavlja ekonomsku potrebu i ekonomsku vrednost po sebi koju pravo valja da štiti jer je faktičko stanje koje predstavlja državina stvari ono sa čime držalac računa i u pogledu čega se pouzdaje da će nastaviti da postoji. Od te vrednosti može biti i većih vrednosti, kao što je na primer svojina, ali ostvarivanje tih drugih vrednosti valja izbeći sve dok se sudski ne utvrdi takvo jače pravo. Teorija je zastupana i kod nas, kao i u bivšoj Jugoslaviji.<sup>329</sup>

5. *Teorija najveće ekonomske koristi.*<sup>330</sup> U okviru ekonomske analize prava (*economic analysis of law*), odnosno teorije imovinskih prava raspolaganja (*property rights theory*) državina se tretira kao vrednost, kao vid alokacije resursa u okviru prava raspolaganja. Stvar po pravilu ima najveću vrednost kod onoga u čijoj je faktičkoj vlasti, a optimalna alokacija resursa može se ostvariti samo ako pravni poredak prizna i štiti pored svojine i druge oblike raspodele dobara, što važi i za slučaj da se razidu svojina i državina. Optimalno korišćenje resursa nije ostvarivo ako vlasnik ili drugi ovlašćeni (zakupac, imalac prava lizinga itd.) nemaju obezbeđenu mogućnost za aktivno korišćenje stvari, ali nije ostvarivo ni onda kad takva mogućnost nije obezbeđena i neovlašćenim licima koja vrše faktičku vlast na stvari u slučaju

*des Sachenrechts*, Leipzig, p. 1; Dernburg, H., 1902, *Pandekten, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Sachenrecht*, Berlin, pp. 396. i d. U osnovi iste ideje zastupa i Grimm, D., 1934, *Die sociologischen Grundlagen des römischen Besitzrechts*, u: *Studi in onore di Salvatore Riccobono (nel XL anno del suo insegnamento)*, vol. IV, Palermo, pp. 180–181, 189–190: državina je odnos faktičke pripadnosti stvari određenoj ekonomskoj sferi, tj. sumi fizičkih privrednih dobara na koja se oslanja privrednik i koja predstavljaju nužnu materijalnu pretpostavku za dotičnu privrednu delatnost bila ova potrošnja, proizvodnja ili promet ili kombinacija nekih takvih, tako da, kraće, državina u ekonomskom smislu, kao i državina u pravnom smislu jeste obična mogućnost uticaja na određena fizička dobra, spojena sa ekonomskom zainteresovanošću subjekta u pogledu stvari.

329 U lit. negdašnje Jugoslavije u znaku ove teorije su dela Krneta, S., 1963, str. 83. i d.; Spaić, V., 1971, *Građansko pravo (Opšti dio i Stvarno pravo)*, Sarajevo, str. 472. Kod nas se teorija kontinuiteta naziva i teorija ekonomskog interesa, v. kod Čelić, D. M., 2011, Poreklo i osnov samostalne zaštite državine, *Pravna riječ (Časopis za pravnu teoriju i praksu)*, 28, str. 126.

330 Gordley, J., Mattei, U., 1996, *Protecting Possession, American Journal of Comparative Law*, vol. 44, pp. 332. i d. koji svoj stav nazivaju funkcionalnom teorijom, p. 294; Bell, A., Parchomovsky, G., 2005, *A Theory of Property, Cornell Law Review*, vol. 50, p. 594. O konsekvencama koje po posesornu zaštitu državine proističu iz stavova ekonomske analize prava, vidi i Müller, T., 2010, pp. 238–239, 242–244, kao i p. 244, prim. 74; raniju nemačku lit. na koju upućuje za stav koji je prihvaćen u ekonomskoj analizi prava, da ako vlasnik ne vrši svoje pravo na stvari, pre je u interesu efikasnog korišćenja sredstava da neko drugi koristi stvar nego da je posve zapuštena.

da je vlasnik pasivan, pošto je bolje da stvar koristi neko nego niko, i pošto je manja šteta ako držalac štiti državinu od smetanja nego ako uopšte nije zaštićena. I jedno i drugo postiže se državinskom zaštitom.

## B) KOMBINACIJE TEORIJA

Kritičke primedbe upućene pojedinoj teoriji nastoje se izbeći (opet češće u Nemačkoj nego drugde) kombinujući teoriju sa nekom drugom za koju se smatra da u određenom aspektu nema slabosti kritikovane teorije. Kao i samostalno najčešće zastupana, teorija mira se javlja i kao najčešći element u kombinacijama sa drugim teorijama. Evo primera nekih kombinacija.

*Teorija mira kombinovana sa teorijom ličnosti.* Državinska zaštita služi miru, tj. očuvanju državnog monopola prinude, a u stvari u krajnjoj liniji zaštiti ličnosti, jer očuvanje državnog monopola prinude služi stvaranju sfere u kojoj ličnost može slobodno i neometano da se razvija.<sup>331</sup> Posesorna zaštita ostvaruje zaštitu mira, odnosno državni monopol prinude u interesu zaštite ličnosti držaoca, ostvaruje jednakost eliminisanjem nejednakosti koja bi zavisila od količine snage pojedinca, čime stvara jednu zaštićenu sferu u kojoj ljudska jedinka može da se razvija slobodno i nesmetano, tako da u krajnjoj liniji služi zaštiti slobodnog razvoja ličnosti, budući da se ometanjem faktičke vlasti na stvarima, kojom držalac sprovođi svoju volju, držalac ometa u potpunom ostvarenju svoje ličnosti.<sup>332</sup>

*Teorija mira kombinovana sa teorijom svojine.* Posesornom zaštitom se štiti mir, kojeg širi sfera svojine; ishodište posesorne zaštite je povećavanje zaštite mira i zaštite svojine.<sup>333</sup> Državina se štiti kako zato što su držaoci u najvećem broju ujedno imaoci prava ovlašćeni na državinu, tako i zato da bi se ostvario društveni red i mir a sprečila privatna pravda.<sup>334</sup> Pošto su držaoci najčešće vlasnici, presumira se na osnovu državnine svojina, pa kada se štiti državina, to je zato da bi se tako zaštitila svojina. A kad držalac nije vlasnik i čak kad se time ogrešuje o tuđu svojinu, štiti se da bi se sačuvao pravni mir, da bi se vlasnik odvratio od upotrebe privatne pravde a naveo da pravo ostvari sudskim putem.<sup>335</sup> Razlog posesorne zaštite je održavanje opšteg mira; posesorna zaštita ima za cilj održanje

---

331 Müller, T., 2010, p. 249.

332 Müller, T., 2010, pp. 247. i d., 249. i d.

333 Eichler, H., 1957, p. 3, prim. 2.

334 Stanković, O. u: Stanković, O., Orlić, M., 1999, *Stvarno pravo*, Beograd, str. 55.

335 Baudry-Lacantinerie, G., Tissier, A., 1905, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, Paris, n° 209–210, 212; Carbonnier, J., 1980, *Droit civil, t. 3, Les biens*, Paris, p. 186, n° 44; Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, *Procédure civil (Droit interne et droit communautaire)*, Paris, n° 143 n° 102.

faktičkih državninskih odnosa i time obezbeđivanje vlasniku povoljnije dokazne pozicije u eventualnom potonjem petitornom postupku.<sup>336</sup>

*Teorija mira kombinovana sa teorijom kontinuiteta.* Teorija mira i teorija kontinuiteta se ne isključuju nego naprotiv dopunjuju,<sup>337</sup> i svaka otkriva po jedan aspekt razloga posesorne zaštite.<sup>338</sup> Princip kontinuiteta služi u krajnjoj liniji očuvanju mira.<sup>339</sup> Kombinacija istih teorija ostvorena je i u jednom diferenciranijem pristupu: još najpre može da zadovolji povezivanje teorije mira i teorije kontinuiteta; posesorna zaštita je sredstvo očuvanja mira, ali pošto se ona ne ostvaruje po inicijativi javnih organa nego po inicijativi držaoca koji ima interes da se očuva stanje državine, to sama teorija mira ne može da objasni posesornu zaštitu bez teorije kontinuiteta, osim onda kada držaocu nedostaje opravdani interes za očuvanjem državninskog stanja (državina lopova), kada je cilj zaštita mira.<sup>340</sup>

*Teorija mira kombinovana sa teorijom najveće ekonomske koristi.* Kada držalac nije vlasnik i kada svojom državinom povređuje tuđu svojinu, državina se štiti da bi se sačuvao pravni mir, i postojanjem te zaštite odvrća se vlasnik od služenja privatnom pravdom. Osim toga, zaštitom se prednost daje držaocu zato što on koristeći stvar faktički ostvaruje one prednosti koje imanje prava omogućuje, dok je ekonomski štetno ponašanje vlasnika koji ne vrši faktičku vlast jer se ne stara o stvari.<sup>341</sup>

*Teorija mira kombinovana sa teorijom kontinuiteta, teorijom ličnosti i teorijom svojine.* Razlog zaštite državine je u prožimanju sprečavanja nasilja u imovinskim odnosima, održavanja reda i mira u društvu, što je u

336 Hinderling, H., Der Besitz, u: Gutzwiller, M. i dr. (ur.), 1977, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 1. Halbbd.*, Basel i dr., p. 448; Stark, E. W., 1984, pp. 203–205. Za rimsko pravo kombinaciju teorije mira i ove varijante teorije svojine zastupaju, na primer, Kaser, M., 1971, *Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, p. 396; Kaser, M., Hackl, K., 1996, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, pp. 409. i d.; Bürge, A., 1999, *Römisches Privatrecht (Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung)*, Darmstadt, pp. 49. i d.; Kaser, M., Knütel, R., 2003, *Römisches Privatrecht*, München, p. 125.

337 Bund, E., 2007, p. 71.

338 Gavella, N., 1990, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, str. 105; Popov, D., 2002, *Pojam i vrste državine*, Novi Sad, str. 194.

339 Mühl, O., Besitz, §§ 854 bis 872, u: Mühl, O. (ur.), 1990, *Soergel Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch (mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen), Bd. 6, Sachenrecht (§§ 854 bis 1296), WEG, Erbbau VO, SchiffsG*, Stuttgart i dr., p. 35; Medić, D., 2011, Neki aspekti državine u pravu Republike Srpske (pojam, funkcije, koncepcija, oblici, subjekti i objekti), *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 11, str. 105.

340 Gursky, K.-H., 2011, pp. 84–85.

341 Mazeaud, H., L., J., Juglart, M. de, 1976, *Leçons de droit civil, tome II/2, Biens*, Paris, n° 1414. i d.

javnom interesu (teorija mira), održavanja kontinuiteta u imovinskim odnosima među ljudima (teorija kontinuiteta), zaštite faktički ispoljene volje subjekta u pogledu stvari (teorija ličnosti), kao i zaštite državinske pretpostavke prava (teorija svojine).<sup>342</sup>

### III. NEPOTREBNOST POSESORNE ZAŠTITE I NEPOTREBNOST RAZMATRANJA TEORIJA O RAZLOGU POSESORNE ZAŠTITE?

Nesaglasnost u pogledu razloga posesorne zaštite jeste, dakle, velika. Samo se čini da su svakog razmatranja pitanja o razlogu zaštite, a time i o održivosti teorija o razlogu, pošteđeni oni koji smatraju da nema potrebe za postojanjem posesorne zaštite državine (A) i oni koji državinu smatraju pravom (B).

#### A) VEZA PITANJA O RAZLOGU ZAŠTITE I PITANJA O POTREBI ZA NJENIM POSTOJANJEM

Dva pitanja su najtešnje povezana: da li je uopšte potrebno i opravdano da postoji posesorna zaštita državine?, a ako jeste, koji je razlog (osnov, cilj, funkcija) postojanja te zaštite? Pri opredeljivanju i povodom prvog pitanja, a ne samo povodom drugog, morali bi se imati u vidu razlozi koji se navode u prilog takvoj zaštiti. Ipak, to se ne dešava uvek. Rasprava o potrebnosti i opravdanosti posesorne zaštite državine nekada se vodi nezavisno od bilo kakvog razmatranja razloga (osnova, cilja, funkcije) posesorne zaštite državine. Drugim rečima, nezavisno od teorija o razlogu posesorne zaštite. Dva direktno suprotna polazišta rezultiraju time da se o ne/potrebnosti posesorne zaštite iskazuje stav ne baveći se uopšte pitanjem o razlogu posesorne zaštite državine. Jedno takvo je polazište onih pristalica posesorne zaštite državine koji državinu smatraju subjektivnim pravom, pa i ne traže poseban razlog za zaštitu državine jer ističu da se zaštita nečega što je subjektivno pravo podrazumeva (o tome u sledećem, odeljku B). Drugo takvo je polazište onih protivnika posesorne zaštite državine koji posesornu zaštitu državine smatraju nepotrebnom iz razloga koji ne stoji ni u kakvoj vezi sa razlozima kojima teorije objašnjavaju postojanje

---

342 Čelić, D. M., 2011, str. 126. Imajući u vidu iste teorije, tako i Kralik, W., u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, Bd. II/1, p. 110: „[...] nijedna od postojećih teorija ne može da pretenduje na isključivost, nego [...] državina, kako ju je oblikovalo važeće pravo, služi mnogim ciljevima” Lachout, J., Der Besitz – Begriff, Bedeutung und Schutz im geltenden Recht, u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, Bd. II, 1. Teil, II. Diskussionsbeiträge, Wien, p. 28, prim. 28: „[...] u svakoj teoriji koja ja razvijena o razlogu zaštite državine ima jedno zdravo jezgro”.

te zaštite (o čemu u ovom odeljku pod a). Za razliku od njih, neki drugi protivnici posesorne zaštite smatraju posesornu zaštitu nepotrebnom negirajući baš razlog koji navodi neka teorija o razlogu zaštite, makar pri tome i ne pominjali samu teoriju (b).

a) Razlozi protiv posesorne zaštite nezavisni  
od razloga koje za zaštitu navode teorije

1. Tvrdnja da *mali broj posesornih parnica*, tj. retko praktikovanje posesornih tužbi govori protiv potrebe za tim sredstvom zaštite,<sup>343</sup> uvek se može osporiti tvrdnjom da to nije svuda tako (kod nas svakako nije), a da i tamo gde jeste, upravo je tako zato što samim svojim postojanjem posesorna zaštita deluje odvratajuće od smetanja državnine, odakle mali broj parnica, što je onda razlog baš u prilog njenom postojanju.

Protiv, kaže se, govori i to što su mnogi pravni poreci *potisnuli tu ustanovu*.<sup>344</sup> Ali, to ne rešava pitanje razloga nigde tamo gde ona postoji, a i ništa ne kaže o razlogu i opravdanosti razloga za ukidanje posesorne zaštite.

*Nije*, tvrdi se, *ekonomično*, tj. ne isplati se pružati posesornu zaštitu, pošto u petitornom postupku mogu da se ponište efekti uspeha u posesornom postupku.<sup>345</sup> Kontraargument bi mogao biti iskazan pitanjem – da li je ekonomičnost uopšte ključni razlog postojanja bilo kakve (a ne samo ove) pravne zaštite, i ne postoji li prevalentan razlog koji govori za posesornu zaštitu uprkos njenoj nekonačnosti, provizornosti. Takav ključni prevalentan razlog postoji ako se i sama provizornost zaštite smatra vrednošću, makar zbog brzine zaštite koju ona dozvoljava, za razliku od konačnosti petitorne zaštite koja po pravilu ne daje šanse brzini zaštite.

*Dovoljna* je, drži se nadalje, petitorna zaštita, koja se može ostvariti putem *privremenih mera*.<sup>346</sup> Ipak se ne radi o ekvivalentima, jer kako sam

343 Pfeifer, R., Besitz, u: Schlegelberger, F. (ur.), 1929, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. II, Berlin, p. 527.

344 Pfeifer, R., 1929.

345 Füller, J. T., 2006, *Eigenständiges Sachenrecht*, Tübingen, pp. 552–553.

346 Na primer, Müller, H., 1956, Können die besonderen Bestimmungen für das Verfahren wegen Besitzstörungen aus der Zivilprozeßordnung ausgeschieden werden?, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 5, p. 199; Ehrenzweig, A., 1957, p. 92, prim. 5; Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 53; Kralik, W., 1964, p. 25; autori navedeni kod 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; autori 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; autori navedeni kod Lachout, J., 1964, p. 36, prim. 55, 56; Viate, J., 1977, La protection possessoire et la réintégrandé, *Revue des loyers et des fermages*, pp. 399. i d.; Meier, I., 1983, pp. 82. i d., 304. i d.; Füller, J.

već izložio, provizornost obe vrste zaštite je različita (Deo I, II.C.c),<sup>347</sup> a prepreka njihovoj zamenjivosti naročito je funkcionalni minus kakav privremena mera iz petitorne parnice predstavlja u odnosu na odluku iz posesorne parnice. Uslovi za izdavanje privremene mere teži su, naime, nego za posesornu zaštitu, tako da će zaštita privremenom merom izostati nekada kada bi usledila posesorna zaštita. Na primer, kada je očigledno da tužilac nema pravo na državinu, nema mesta privremenoj meri, a to nije prepreka za uspeh u posesornoj parnici; kada ne preti opasnost od otežanog ostvarivanja prava docnije, to će osujetiti izdavanje privremene mere, ali ne i odluku u posesornoj parnici; da li bi nastupila šteta ako se ne donese odluka, od značaja je za odluku o privremenoj meri, a nevažno je za odluku u posesornoj parnici; samovolja nije od značaja i ako neće nastupiti šteta bez izdavanja privremene mere. Takve razlike ostavljaju na snazi sumnju da nije isti razlog za zaštitu privremenom merom u petitornoj parnici i za posesornu zaštitu, tako da pitanje razloga opet nije moguće izbeći.

Protiv posesorne zaštite, kaže se, govori *dug postupak dokazivanja činjenica* državinskog stanja, vremena smetanja i radnje smetanja, zbog velikog broja svedoka i oprečnih iskaza, što uzrokuje da veliki broj posesornih parnica izuzetno dugo traje, dok je u petitornom postupku dokazivanje jednostavnije pošto se sporne činjenice brže utvrđuju pomoću pisanih isprava.<sup>348</sup> Ali ni petitorna parnica nije pošteđena istih problema kad se radi o onome što se ne dokazuje ispravama. Pošto je krug dokaznih tema uži u posesornoj parnici, i problemi koji potiču od vrste dokaznih sredstava u načelu ne mogu biti veći nego u petitornoj parnici. Uostalom, kao ni inače, tako ni ovde o sudbini materijalnopravnih ustanova ne odlučuju procesne teškoće, jer je meritoran materijalnopravni cilj a ne proces kao sredstvo za njegovo ostvarenje.

Posesorna zaštita, tvrdi se potom, ne treba da postoji jer smetaoci koji nemaju pravo na državinu često *zloupotrebljavaju posesorni postupak*, tužeći samo da bi vlasnike što duže onemogućavali da vrše svojinska prava u vidu državnine.<sup>349</sup> Osim što, kako sam već naveo, instrument ne odlučuje o opravdanosti cilja, sama mogućnost zloupotrebe neke pravne ustanove nikada nije argument protiv ustanove kao takve, budući da nema pravne ustanove koja ne bi mogla biti zloupotrebljena.

---

T., 2006, pp. 552–556, 567, 570; 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.

347 Str. 294. i d.

348 Milošević, M., 2002, *Prilog raspravi povodom pripreme Predloga o izmenama Zakona o parničnom postupku*, str. 15, (<http://www.sudije.rs/files/file/pdf/Predlog%20izmena%20ZZP%20koreferat.pdf>, 28.04.2014).

349 Milošević, M., 2002.

2. Pošto se osnovano može uzeti da su protivnicima posesorne zaštite znane teorije o razlogu posesorne zaštite, može se zaključiti da razloge koje oni navode protiv postojanja posesorne zaštite *smatraju važnijim* od razloga kojima teorije objašnjavaju, odnosno opravdavaju posesornu zaštitu (mada razloge za i protiv ne sučeljavaju i ne važu eksplicitno). Budući da ne polažu račun o merilu ili merilima po kojima je odvagavanje izvršeno, posredi je metodski problem nedovršenosti rasprave, dakle, još jedan metodski deficit koji omogućuje bezizgledno perpetuiranje neslaganja.

#### b) Razlozi protiv posesorne zaštite kao implicitno osporavanje neke teorije o razlogu zaštite

Nekada se *time što se osporava potreba za posesornom zaštitom osporavajući upravo onu pojavu koju neka teorija navodi kao razlog zaštite, implicite osporava i sama ta teorija, a da se eksplicite ne bavi njome*. Evo ilustracije. Državinska zaštita je, smatra se, pre svega potrebna u pravnim porecima koji nisu dovoljno razvijeni ili su neefikasni u zaštiti prava, kakvi su bili razni poreci u prošlosti, dok je u modernom pravu veliko pitanje da li je opravdano da postoji posesorna zaštita. Da bi postojanje posesorne zaštite bilo opravdano, moralo bi se raditi o pravnom poretku u kojem je dokazivanje prava vrlo otežano (*probatio diabolica*) a sudski postupak vrlo spor, tako da tu onda veliku vrednost ima i zaštita državine koja je brza iako samo provizorna, dok se ne raščisti pitanje prava na državinu.<sup>350</sup> Ovime se implicite iskazuje stav da posesorna zaštita postoji radi olakšavanja dokazivanja i ostvarivanja prava, što smatraju pristalice teorije svojine, a eksplicite se odbija takav razlog za moderna prava. Osnovanost ovakvog negiranja posesorne zaštite zavisi od toga da li je olakšavanje zaštite svojine doista cilj posesorne zaštite, jer ovaj stav sam po sebi ne govori ni protiv jedne druge teorije o razlogu zaštite, odnosno ni protiv jednog drugog razloga (zaštita ličnosti, kontinuiteta i dr.).

Nekad, opet, *ista pojava koja nekima služi kao razlog posesorne zaštite državine, drugima je upravo razlog za negiranje potrebe da postoji posesorna zaštita*. Varijanta teorije svojine uzima da se držalac posesorno štiti zato što se za njega presumira da je vlasnik, pošto to redovno i jeste slučaj. Drugi će, međutim, reći da nema potrebe za posesornom zaštitom svojinskog držaoca pokretne stvari upravo zato što za takvog

350 Isti argument upotrebljavaju, ali ne protiv posesorne zaštite nego kao kritiku održivosti teorije svojine u savremenim uslovima, na primer, Pawlowski, H.-M., 1961, p. 14; Stark, E. W., 1984, p. 205; Sosniza, O., 2003, p. 38.

držaoca važi presumpcija da je vlasnik,<sup>351</sup> što mu omogućuje i potpuniju, petitornu zaštitu.<sup>352</sup>

## B) PRAVNA PRIRODA DRŽAVINE KAO RAZLOG ZA POSESORNU ZAŠTITU

Razloge protiv postojanja posesorne zaštite državine (iznete pod A) njeni protivnici ističu bez obzira na to kakav stav imaju o prirodi državine – da li je ona fakt ili pravo. S druge strane, afirmisanje potrebe postojanja posesorne zaštite nikada se ne zasniva već na tome da je državina fakt, dok se nekada direktno izvodi već iz stava da je državina subjektivno pravo: za postojanje zaštite dovoljno je što je reč o subjektivnom pravu. Tada se afirmativan stav prema posesornoj zaštiti zauzima a da se ne navode niti razmatraju baš nikakvi razlozi za tu zaštitu kakve navode teorija mira, teorija ličnosti, teorija svojine i druge (zaštita mira, državnog monopola prinude, ličnosti, svojine i dr.), niti se razmatraju te teorije (a). Od pristalica posesorne zaštite državine, jedino zastupnici stava da je državina fakt neizostavno nastoje da opredele razlog zašto je potrebna posesorna zaštita državine. Međutim, sve i da je državina subjektivno pravo, sam stav o takvoj njenoj pravnoj prirodi ne čini izlišnim pitanje o razlogu (osnovu, cilju, funkciji) posesorne zaštite državine (kako ću pokazati pod b).

### a) Samorazumljivost posesorne zaštite državine ako je državina subjektivno pravo

Pojedini i ne traže ikakav poseban bliži razlog, odnosno ne traže ga ni u čemu što se navodi kao razlog posesorne zaštite državine (ni u očuvanju mira, ni u obezbeđivanju kontinuiteta, ni u poštovanju ličnosti itd.). Ne smatraju, dakle, da uopšte postoji problem razloga zaštite. Za njih je *dovoljan razlog za postojanje posesorne zaštite to što državinu smatraju pravom a ne faktom, pošto se svako pravo štiti*.<sup>353</sup> Ako bi se htelo ovaj stav uvrstiti

---

351 Ovaj argument se navodi protiv *Jheringove* teorije o posesornoj zaštiti državine kao pojednostavljenoj zaštiti svojine, kojom se objašnjava razlog postojanja posesorne zaštite državine; susreće se, na primer, kod Pawlowski, H.-M., 1961, p. 14; Wieling, H., 1980, p. 575; Hartung, F., 2001, p. 43.

352 Na početku izrade BGB *Reinhold Johow*, redaktor stvarnog prava, držao je da je posesorna zaštita državine nepotrebna kada je reč o državini pokretnosti, budući da zasmetani držalac pokretne stvari može da ostvari zaštitu reivindikacionim zahtevom pošto za držaoca lišenog državine važi presumpcija svojine, v. Schubert, W., 1092, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht, Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum*, Berlin, p. 443.

353 O tom stavu v. Rudorff, 1831, pp. 91. i d.; Müller, T., 2010, p. 226.

među razne teorije o razlogu posesorne zaštite državine, bilo bi to jedno samostalno stanovište koje razlog zaštite vidi u pravnoj prirodi državine (kao prava).

Budući da zastupam stav da se u *posesornom postupku štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu*,<sup>354</sup> na ovom mestu bih i sam mogao okončati pisanje ove rasprave pozivajući se na to da pošto je i to pravo jedno pravo, izlišno je razmatrati razloge i tražiti objašnjenje ili opravdanje za sudsku posesornu zaštitu prava: jer prava se naprosto štite. Utoliko pre što je po nekima zaštićenost subjektivnog prava (po tužbi) njihova najizrazitija osobina, čak suština, bez koje nešto i nije subjektivno pravo.<sup>355</sup> Na tragu toga bi se stav mogao čak pojačati tvrdnjom da bi, u stvari, baš suprotno, valjalo tražiti razlog za opravdanje ako ne bi postojala sudska posesorna zaštita nekog prava, a ne da se traži razlog koji bi pravdao samorazumljivost sudske zaštite nečega što je pravo.

#### b) Legitimnost pitanja o razlogu zaštite sve i da je državina subjektivno pravo

Čak i neki koji državinu ne smatraju subjektivnim pravom, ističu isti takav stav: ako bi državina bila pravo, razumelo bi se samo po sebi da je zaštićena,<sup>356</sup> pošto državina nije pravo, razlog posesorne zaštite mora biti drugačije objašnjen.<sup>357</sup> Međutim, *sve i da je državina pravo, to ne bi činilo izlišnim pitanje o razlogu zaštite*. Ono bi se samo drugačije formulisalo: *zašto je državina priznata za pravo, pa onda i za sudski zaštićeno pravo?* Ali, kako sam pokazao u drugom radu, niti je državina subjektivno pravo nego je fakt,<sup>358</sup> niti se u državinskom postupku štiti državina (ni pravo na

354 Vodinić, V. V., 2013, Šta se štiti u posesornom postupku? (O pojmu i prirodi državine (poseda)), u: Uzelac, A. i dr. (ur.), 2013, *Djelotvorna pravna zaštita u parničnom postupku – Izazovi pravosuđnih transformacija na jugu Europe (Liber amicorum Mihajlo Dika – Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr sc. Mihajla Dike)*, Zagreb, str. 405. i d., 398. i d., 402. i d.

355 Na primer, u koncepciji subjektivnog prava kao pravnozaštićenog interesa, korist je supstancijalni element u kojem leži praktični cilj subjektivnog prava, a tužba, pravna zaštita – formalni element pojma subjektivnog prava, koji se prema tom cilju odnosi kao sredstvo; prvo je jezgro, poslednje je zaštitna ljuska prava, v. Jhering, R., 1871, *Geist des römischen Rechts (auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung)*, 3. Teil, 1. Abteilung, Leipzig, pp. 327. i d. Ili, još izraženije, u koncepciji subjektivnog prava kao ovlašćenja tužbe, u pojmu subjektivnog prava sadržana je mogućnost da se u slučaju neizvršenja obaveze pokrene državni postupak u kojem se izriče sankcija za ograđujuće ponašanje, v. Kelsen, H., 1960, *Reine Rechtslehre*, Wien, p. 141; Aicher, J., 1975, *Das Eigentum als subjektives Recht (Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts)*, Berlin, pp. 16. i d.

356 Na primer, Wieling, H. J., 2006, p. 135; Vukčević, V. P., 1974, str. 98.

357 Wieling, H. J., 2006, p. 136.

358 Vodinić, V. V., 2013, str. 393, 381–382.

državinu) nego se štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu.<sup>359</sup> Mada, dakle, predmet posesorne zaštite nije državina, ni kao fakt, ni kao pravo, predmet zaštite ipak jeste jedno subjektivno pravo: pravo na isključenje trećih od uticaja na državinu, u slučaju čije povrede sledi zaštita. To što se u državinskom postupku štiti to pravo, ne znači da je suvišno pitanje zašto se štiti. Samo što se to pitanje javlja kroz pitanje: *zašto je priznato pravo na isključenje trećih od uticaja na državinu, čijom povredom se onda rađa pravo na posesornu zaštitu državnine*. I tada opet ima smisla utvrditi, odnosno proveriti, da li je to pravo dato radi zaštite mira, ličnosti, svojine ili dr., tako da teorije o razlogu zaštite opet nalaze svoje mesto, a onda i provera održivosti teorija.

#### IV. MERILA ODRŽIVOSTI TEORIJA O RAZLOGU ZAŠTITE

Ispitivanje održivosti teorija o razlogu posesorne zaštite državnine može imati više aspekata. Elementaran nivo ispitivanja je da li je razlog koji za zaštitu navodi neka teorija uopšte nešto postojeće kao vrednost (*moгуćnost razloga kao merilo*) (A). Prava ne/prilika za ne/produktivnu raspravu o razlogu posesorne zaštite ukazuje se na sledećem nivou kada teorije mogu da se ispituju iz tri različita ugla: koliko široko je razlog neke teorije primenjiv na razne situacije smetanja; koliko je široko primenjiv na razne modele zaštite; da li je razlog specifičan za posesornu zaštitu ili nije. Jedan ugao ispitivanja bio bi da li je teorija održiva samo ako njen razlog važi za sve situacije smetanja ili je održiva i ako važi samo za većinu (*univerzalan razlog kao merilo* ili *parcijalan razlog kao merilo*) (B.2); drugačije rečeno, da li je teorija održiva mada se njenim razlogom može objasniti postojanje posesorne zaštite samo u većinskim, tipičnim slučajevima smetanja kad neovlašćeni smetalac smeta ovlašćenog držaoca, i kad smetalac primenjuje silu, pretnju i drugo zabranjeno sredstvo sukoba sa držaocem (*objašnjavajući razlog kao merilo*), ili je teorija održiva samo ako se njenim razlogom može opravdati postojanje posesorne zaštite i u manjinskim, atipičnim slučajevima smetanja kad smetalac ovlašćen na državinu smeta neovlašćenog držaoca i kad smetanje ne znači primenu sile niti ikakvo drugo sredstvo sukoba sa držaocem (*opravdavajući razlog kao merilo*) (B.1). Jedan drugi ugao ispitivanja bio bi da li teorija važi samo za određeni model posesorne zaštite, tj. samo za apsolutnu zaštitu, ili samo za relativizovanu zaštitu, ili važi za posesornu zaštitu kao takvu, koji god model zaštite bio posredi (*razlog apsolutne zaštite kao merilo*, *razlog relativizovane zaštite kao merilo* ili *razlog oba modela zaštite kao merilo*) (C). Jedan treći ugao ispitivanja bio bi da li je razlog koji neka teorija navodi

---

359 Vodinečić, V. V., 2013, str. 405. i d., 398. i d., 402. i d.

specifičan baš za posesornu zaštitu državine, ili održivosti teorije ne smeta da njen razlog predstavlja nešto što podjednako važi i za petitornu zaštitu i neke druge pravne institute (*specifičan razlog kao merilo* ili *nespecifičan razlog kao merilo*) (D). U sva ta tri pravca ispitivanja, a i drugi ako im se mogu pridodati, teorije se *kritikuju immanentno*, tj. pokazuju se eventualne ograničenosti neke teorije upravo kad se primeni ono što teorija smatra razlogom zaštite (*immanentni nedostaci kao merilo*). Ali *transcendirajućom kritikom* teorija se odbacuje upravo zato što se pokaže da neki drugi razlog zaštite nema nedostatke koje ima ono što je razlog zaštite po immanentno kritikovanoj teoriji (E). Pošto su, dakle, mogući razni uglovi i merila ispitivanja teorija, *racionalna rasprava za i protiv bilo koje teorije moguća je jedino između učesnika koji istim merilima ispituju teorije*.

### A) MOGUĆNOST RAZLOGA?

Na početnom, elementarnom nivou proverava se da li se neka teorija zasniva na objašnjenju koje je očigledno neodrživo u smislu: da *nema nikakvu vezu sa životnom stvarnošću*, da uopšte ne postoji pojava koju razlog označava ili da razlog koji se navodi *predstavlja nevrednost čijem ostvarenju se razumno ne bi ni težilo*. Budući da su teorije preživjele već vekove, može se pretpostaviti da su bez teškoća na elementarnom nivou, što ću proveriti u sledećem odeljku (V.B).

### B) RAZLOG KOJIM SE ZAŠTITA OBJAŠNJAVA I RAZLOG KOJIM SE ZAŠTITA OPRAVDAVA? RAZLOG VAŽEĆI U VEĆINI SLUČAJEVA SMETANJA ILI U SVIM?

U dvostrukom pogledu nije za stav prema održivosti neke teorije svejedno da li je teorija u stanju samo da objasni postojanje posesorne zaštićenosti lica kojem je dostupna i petitorna zaštita ili je u stanju i da opravda postojanje posesorne zaštićenosti lica kojem petitorna zaštita nije na raspolaganju (1), i da li je teorija podesna da važi samo u nekim, makar i većinskim slučajevima smetanja, ili pak važi uvek (2).

1. *Objašnjavajući razlog i opravdavajući razlog*. S jedne strane, stav o održivosti neke teorije o razlogu posesorne zaštite državine može zavisi od toga da li se smatra da je dovoljno da teorija *objasni posesornu zaštićenost ovlašćenog držaoca od neovlašćenog smetaoca*, dakle, *posesornu zaštitu nekoga ko bi u slučaju smetanja dobio i petitornu zaštitu*, ili se smatra da je potrebno da je teorija u stanju i da *opravda posesornu zaštićenost neovlašćenog držaoca od ovlašćenog smetaoca*, dakle, *posesornu zaštitu onoga ko nije petitorno zaštićen u slučaju smetanja*. Naime, nije potrebno više od

objašnjenja posesorne zaštite onda kada zasmetani držalac ima pravo da bude držalac i nema obavezu da trpi smetanje, a smetalac nema pravo na državinu niti na radnju smetanja. Pitanje je samo zašto se petitorno zaštićeni štiti i posesorno – da li zbog zaštite mira, svojine, ličnosti ili dr.? Kad, međutim, držalac nema pravo na državinu, pa je posesorna zaštita jedina, tad se traži više od objašnjenja – potrebno je opravdanje posesorne zaštite bespravne i protivpravne državnine, tj. opravdanje za pravnu zaštitu neuslovljenu pravom na državinu. Da li je i tada isti razlog za posesornu zaštitu – da li se i to može opravdati zaštitom mira, svojine, ličnosti ili dr.?<sup>360</sup>

S druge strane, stav o održivosti neke teorije o razlogu posesorne zaštite državnine može zavisiti od toga da li se smatra da je dovoljno da ona objasni posesornu zaštitu držaoca u manifestnoj konfliktnoj situaciji kada smetalac upotrebljava silu, prinudu, pretnju prema držaocu, njemu iza leđa, kradomice oduzima stvar, izigrava poverenje koje je držalac u njega uložio i sl., ili se smatra da je potrebno da je teorija u stanju i da opravda posesornu zaštitu držaoca i u situacijama bez konflikta sa smetaocem, na primer, kada nijedan od njih nije svestan postojanja smetanja, recimo kad smetalac u zabludi o identitetu stvari uzme tuđu stvar<sup>361</sup> ili kad zabunom zamene istovrsne stvari, pa svaki u zabludi uzme tuđu. Jer kada smetalac postupa na način protivan pravnom poretku (silom itd.), tad se pitamo samo za objašnjenje zašto se u posesornom postupku držaocu pruža zaštita, mada mu je na raspolaganju *petitorna zaštita*. Ali kada nema očiglednog sukoba među njima, potrebno je opravdanje postojanja posesorne zaštite uz postojeću petitornu zaštitu budući da se smetalac ne ogrešuje ni o kakvo pravilo ponašanja, naredbu ili zabranu (ne bi imala smisla norma – ne uzmi tuđu stvar ni u opravdanoj zabludi da je tvoja).<sup>362</sup>

2. *Univerzalni ili parcijalni razlog*. Izloženo se može izraziti i kao dilema mora li teorija, da bi bila prihvatljiva, svojim razlogom pokriti sve slučajeve smetanja ili je dovoljno da odgovara *tipičnom, većinskom slučaju*.

Ne znam za statističke podatke o tome u koliko je slučajeva u posesornoj parnici uvažen prigovor *petitorium absorbet possessorium* ili u petitornoj parnici preinačen ishod posesorne parnice, što će reći koliko često bi smetanje državnine bilo dopušteno da važi petitorni rezon: da za-

360 Treći mogući slučaj je da neovlašćenog držaoca smeta neovlašćeni smetalac. Neću ga posebno isticati, budući da ono što važi za slučaj kada neovlašćenog držaoca smeta ovlašćeni smetalac, tada važi utoliko više.

361 Stalno je, uz variranja, u opticaju primer koji potiče od Heck, P., 1930, pp. 13, 486–487, gosta koji u kafani uzme u zabludi tuđ šešir. Slične primere v. kod Hartung, F., 2001, p. 39; Sosnitzka, O., 2003, p. 40. prim. 51; Wieling, H. J., 2006, p. 136.

362 O razlici između normi o radnjama i normi o pravnim posledicama, v. kod Vodinečić, V. V., 2012, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo*, Beograd, str. 133. i d.

štita zavisi od postojanja smetaoćevog prava na državinu i prava na oduzimanje i uznemiravanje državine.<sup>363</sup> Utisak je da u praksi *tipičnu situaciju smetanja označava smetanje koje vrši neko ko je neovlašćen za državinu i neovlašćen da smeta, a smeta nekoga ko je ovlašćen na državinu i ko nije dužan da trpi smetanje, kao i da se u većini slučajeva smetanje odvija u situaciji sukoba i na način koji pravni poredak ne podržava ni inače, silom, prinudom, pretnjom, potajno, zloupotrebom poverenja i sl.* Većina držalaca ima pravo na državinu ili ima važeći i podesan pravni osnov za sticanje i imanje prava čiju sadržinu vrše u vidu državine. Najmanje je svakako onih koji su držaoci i bez pravnog osnova i bez prava. Kao što u životu većina držalaca ima pravo ili pravni osnov da budu držaoci, tako su oni i većina među zasmetanim držaocima, dok se kao tužioci zbog smetanja državine u manjini javljaju neovlašćeni držaoci. Zato, tipična situacija jeste smetanje državine i posesorna zaštita držaoca koji ima i pravo da to bude, tako da je dovoljno objasniti posesornu zaštićenost, a atipična je ona situacija koja uz objašnjenje traži i opravdanje zaštićenosti. Zato se može uzeti da u većini slučajeva posesornu zaštitu dobija onaj ko bi dobio i petitornu, a ređe onaj kome bi petitorna zaštita bila nedostupna. Pošto je u praksi većinski slučaj da je zasmetani držalac ovlašćen da bude držalac dok smetalac nema pravo na državinu, a atipičan, obrnuti slučaj, u ispitivanju održivosti teorija nije svejedno smatraju li učesnici u raspravi o razlogu posesorne zaštite da je za održivost teorije *dovoljno* da je ona odgovarajuća *u većini slučajeva* ili da je *neophodno* da je odgovarajuća *u svim slučajevima, uključujući, dakle, i atipične.*

Nisu mi poznate statistike ni u pogledu srazmere između konfliktnih situacija smetanja izvršenih na neispravan, manljiv način, silom i sl., i onih gde nema sukoba takve vrste između držaoca i smetaoca. Utisak je da preovladavaju slučajevi nedopuštenog samovlasnog smetanja prve vrste, dok su drugi atipični. Različitost tih situacija stavlja učesnike u raspravi o razlogu posesorne zaštite državine pred dilemu: mora li teorija o razlogu posesorne zaštite državine, da bi bila održiva, biti u stanju da objasni zaštitu *u svakom slučaju zaštite* ili je dovoljno da teorija odgovara *većinskom slučaju, pre svega namernog i nasilnog narušavanja državine?*

3. Čim postoji posesorna zaštita, legitimno je pitati za razlog (osnov, cilj, funkciju) *svake* posesorne zaštite, ko god da je uživa (ovlašćeni na državinu ili neovlašćeni, zasmetani u situaciji sukoba ili van nje), i nezavisno od toga da li je posredi većinski ili manjinski slučaj smetanja. *Svaku*

363 Dok Čelić, D. M., 1995, Pojam državine i njena zaštita, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini*, X, str. 236, piše da se u državnim parnicama najčešće vlasnici javljaju kao tužioci, Milošević, M., 2002, str. 15, tvrdi da državinsku zaštitu traže uglavnom lica koja nemaju svojinskih ni drugih ovlašćenja.

teoriju valja podržati ispitu potpunosti njenog važenja (što ću učiniti u sledećem, V. odeljku pod C. i D), jer nema baš nikakvog opravdanja za to da se teorija koja je, možda, samo delimično sposobna i parcijalno primenjiva smatra potpuno sposobnom i univerzalno važećom.

### C) RAZLOG POSESORNE ZAŠTITE UOPŠTE ILI RAZLOG ODREĐENOG MODELA POSESORNE ZAŠTITE?

Razne teorije o razlogu sudske posesorne zaštite državine nisu nastale na istom pravnom materijalu, pa je i pitanje da li se njihova održivost može ispitivati apstraktno, nezavisno od njihovog polazišta. *Ne postoji* pod imenom državinska zaštita neko jedinstveno poimanje šta je posesorna zaštita državine, njene ne/zavisnosti od prava na državinu, predmeta zaštite, vrste postupka, kruga zaštićenih, kruga pasivno legitimisanih itd. (kako je pokazano u Delu 1). U pogledu svega toga razlike između pravnih poredaka su velike i značajne, čak i onda kada se posmatraju samo neki kontinentalnoevropski pravni poreci. Razlike su tolike da se ne može govoriti o razlogu (osnovu, cilju, funkciji) *sudske posesorne zaštite kao takve*. Takva naprosto ne postoji – postoje samo različiti *istorijskopравни i pozitivnopravni modeli sudske posesorne zaštite državine*, što model apsolutne posesorne zaštite, što model relativizovane, i samo različiti *konkretni pravni režimi sudske posesorne zaštite državine*.

Ni teorije o razlogu nisu, uostalom, postavljane apstraktno, i nisu sve nastale na istom pravnom materijalu (istom modelu i režimu zaštite) nego su nastale na nekom određenom modelu i režimu posesorne zaštite državine, ne mogavši da pretenduju na univerzalno važenje za svaku posesornu zaštitu državine, bez obzira na njen konkretan model i pravni režim. *Nijedna teorija nije nastala na režimu posesorne zaštite državine kakav je naš*. Kao što teorije nisu postavljane apstraktno, tako se one ne mogu čak ni razumeti valjano zašto su takve kakve jesu ako se nema u vidu onaj normativni supstrat na kojem su izrasle. Provera njihove održivosti takođe ne može biti apstraktna, van svakog modela i režima. U ovom radu teorije ću podržati proveriti u svakom pogledu samo na jednom konkretnom modelu i režimu posesorne zaštite – onom koji važi u Srbiji (V.E).

### D) SPECIFIČAN ILI NESPECIFIČAN RAZLOG POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE?

Posesorna zaštita državine jeste specifična pravna zaštita po tome što predstavlja, kako se uobičajeno kaže, zaštitu fakta nezavisno od prava, a u stvari, zaštitu jednog prava – prava isključenja trećeg od uticaja na državinu – nezavisno od toga da li je to pravo zasnovano na pravu na

državinu.<sup>364</sup> Umesno je zato pitati da li je onda i razlog za tu specifičnu zaštitu takođe specifičan za nju, drugačiji od razloga za petitornu zaštitu, da li je, dakle, nešto što je svojstveno samo ovoj zaštiti. Ako jeste tako, tada bi teorije morale da se proveravaju i sa stanovišta da li je razlog koji navode *specifičan za posesornost*, čime ću se baviti pod V.F.

### E) IMANENTNA KRITIKA ILI I TRANSCENDIRAJUĆA KRITIKA?

U sva tri pravca ispitivanja (da li je razlog primenjiv na sve ili tek neke slučajeve smetanja državnine, da li je primenjiv na sve ili tek neke modele zaštite, da li je specifičan) teorije se podvrgavaju *imanentnoj kritici*. To jest, držeći se upravo razloga zaštite koji navodi neka teorija i prihvatajući ga kao polaznu premisu, proverava se ima li teorija ograničenja u analiziranim aspektima kad se pođe od onoga što teorija smatra razlogom postojanja posesorne zaštite. Ako se pokaže da teorije imaju nedostatke, predstoji i utvrđivanje da li bi neka dalja pojava, koju dosadašnje teorije još nisu koristile kao razlog posesorne zaštite, mogla da predstavlja razlog posesorne zaštite, tj. da je takva da nema one nedostatke koji su svojstveni kritikovanim teorijama. Tom transcendirajućom kritikom dosadašnjih teorija baviću se u odeljku V, pod G.

## V. DELIMIČNA SPOSOBNOST TEORIJA

### A) APSOLUTNO ILI RELATIVNO SPOSOBNE TEORIJE: TEORIJE ODRŽIVE POTPUNO ILI SAMO DELIMIČNO?

I danas se, idući za *Jheringom* koji je tako grupisao teorije o razlogu posesorne zaštite,<sup>365</sup> govori o apsolutnim i relativnim teorijama. To je uobičajeno i kod nas.<sup>366</sup> U stvari, takvu podelu na apsolutne i relativne teorije adekvatnije bi bilo zvati podelom na unutrašnje i spoljne, budući da prve u samoj državnini vide razlog zaštite, a druge u nečem van nje. U jednom drugom smislu, naziv apsolutna teorija bio bi primeren za onu teoriju čiji razlog važi (po merilima izloženim u odeljku IV) bez ostatka

364 Vodinić, V. V., 2013, str. 405. i d., 398. i d., 402. i d.

365 Jhering, R., 1868, pp. 4. i d.; Jhering, R., 1869, pp. 4. i d.

366 Na primer, Đorđević, A., 1903, str. 118. i d.; Marković, L., 1927, str. 302. i d.; Vukčević, V. P., 1974, *Smetanje poseda*, Beli Manastir, str. 94. i d.; Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., 2006, str. 78; Čelić, D. M., 2011, str. 123. i d. – Bartoš, M., s.a., *Tabaci Stvarnog prava*, s.l., str. 87, teorije, držeći se istog, *Jheringovog* kriterijuma, razvrstava na samostalne i zavisne.

za posesornu zaštitu u svakoj situaciji smetanja državine, čiji razlog važi za posesornu zaštitu kao takvu koji god njen model bio posredi, čiji razlog je specifičan za posesornu zaštitu a drugačiji od razloga svake druge pravne zaštite, i čiji razlog je otporan na svaku imanentnu kritiku. Međutim, nijedna teorija nije takva – sve su relativne, jer nijedna ne opravdava posesornu zaštitu u svakoj situaciji smetanja, ne važi za svaki model posesorne zaštite, ne operiše razlogom specifičnim samo za posesornu zaštitu, i nije otporna u potpunosti na imanentnu kritiku (B–F, H). A takođe u tom smislu nije apsolutna nijedna kombinacija teorija (G).

Sve teorije operišu razlogom koji je moguć i predstavlja neku društveno priznatu vrednost (B). I sve su – što se tiče ostvarivosti njihovog razloga – održive u tipičnom slučaju smetanja kada je posesorna zaštita od koristi držaocu ovlašćenom da to bude a zasmetanom nasilnim i drugim konfliktnim načinom (C), a nijedna u atipičnom slučaju, kada se posesorno štiti držalac neovlašćen da to bude i od nekonfliktnog smetanja (D). Nijedna teorija, i nijedna kombinacija teorija, ne važi, a i ne treba da pretenduje da važi, za svaku posesornu zaštitu, za posesornu zaštitu kao takvu, i svaka teorija ima slabosti koje je prate bez obzira koji je model posesorne zaštite posredi, dok su teorije i njihove kombinacije nejednako odgovarajuće za konkretne modele i režime posesorne zaštite, a tako je i kad se primene na model i režim posesorne zaštite u Srbiji (E). Razlog nijedne teorije nije nešto što je specifično za posesornu zaštitu a što ne bi važilo i za petitornu (F). Ni kombinacijom teorija ne izbegavaju se sve nedovoljnosti (G). Tako teorije nisu u stanju da otrpe imanentnu kritiku, dok mogućnost za njihovu transcendirajuću kritiku zavisi od toga da li postoji mesto za još jednu teoriju koja bi se zasnivala na razlogu posesorne zaštite koji nema nedostatke razloga već postojećih teorija (H).

## B) MOGUĆNOST RAZLOGA

Nijedna teorija se ne može odbaciti *a limine*. Na početnom, elementarnom nivou provere, da li je posredi potpuna neodrživost razloga koji se navodi, ispit prolaze sve teorije i sve njihove kombinacije. I to bez obzira na to koliko su posesorne zaštite državine međusobno različito uobličene u raznim državama (da li je zaštita apsolutna ili relativizovana, koji je krug zaštićenih državina itd.). Nijedna teorija se, naime, ne zasniva na razlogu koji je očigledno neodrživ u smislu da nema nikakvu vezu sa životnom stvarnošću, da uopšte ne postoji pojava koju razlog označava, ili da ta pojava predstavlja nevrednost. Pojave na koje teorije i njihove kombinacije referišu kao na razloge posesorne zaštite državine – mir, volja držaoca, svojina, interes kontinuiteta, najveća ekonomska korist – doista postoje a ni njihovo uvažavanje i nastojanje da se omogući njihovo ostvarenje nije

*a priori* besmisleno, ni nerazumno, jer pri smetanju državine nije tek krajnje izuzetno narušen mir, povređena volja držaoca, atakovano na svojini, osujećen interes kontinuiteta, onemogućeno da se ostvari optimalno korišćenje stvari, nego su to realne pojave, koje se čak redovno sreću pri smetanju državine.

### C) ODRŽIVOST TEORIJA U TIPIČNOJ SITUACIJI SMETANJA, ZA KOJU JE DOVOLJNO OBJAŠNENJE ZAŠTITE

*Sve teorije se – s obzirom na razloge koje navode kao objašnjenje posesorne zaštite – pokazuju održivim u primeni na tipičnu situaciju smetanja državine.*

Ništa od onoga što teorije navode kao razlog zaštite – očuvanje mira i državnog monopola prinude, poštovanja slobode ličnosti, vršenje svojinskih ovlašćenja, ostvarenje interesa kontinuiteta, postizanje najveće ekonomske koristi – *ne stvara nikakav problem da bude prihvaćeno kao razlog posesorne zaštite* kada, što je tipično, neovlašćeni smetalac smeta držaoca ovlašćenog na državinu a neobaveznog da trpi oduzimanje i uznemiravanje državine silom, prinudom, pretnjom, zloupotrebom poverenja. Jer, radi se o očuvanju mira u interesu lica ovlašćenog da bude držalac a neobaveznog da trpi nasilno i drugo smetanje, o poštovanju slobode ličnosti ovlašćenog da bude držalac a neobaveznog da trpi nasilno i drugo smetanje, o omogućavanju vršenja svojinskih ovlašćenja licu ovlašćenom da to čini u vidu državine a neobaveznom da trpi nasilno i drugo smetanje, o ostvarenju interesa kontinuirane dostupnosti stvari licu ovlašćenom da bude držalac a neobaveznom da trpi nasilno i drugo smetanje, o postizanju najveće ekonomske koristi radnjama lica ovlašćenog na državinu a neobaveznog da trpi nasilno i drugo smetanje.

Pošto se *te iste* nesumnjive vrednosti ostvaruju petitornom zaštitom u korist ovlašćenog na državinu, koji je izložen neovlašćenom nasilnom i drugom smetanju, jedino je pitanje zašto ovlašćenom držaocu, uz već postojeću petitornu zaštitu njegovog prava povređenog putem smetanja državine (štaviše, uz zaštitu i putem privremene mere), koja služi istim ciljevima, staviti na raspolaganje kao mogućnost još i posesornu zaštitu. To, međutim, *više nije pitanje o razlogu (osnovu, cilju, funkciji) posesorne zaštite – čemu ona služi, nego pitanje o celishodnosti postojanja dva tipa zaštite* ovlašćenog držaoca. Pitanje na koje se može odgovoriti, recimo, ukazujući na to da se tako držaocu – *titularu prava na državinu (i prava na isključenje trećih od uticaja na državinu)* koji ovlašćeno drži stvar a nema obavezu da trpi smetanje, *pruža potpunija, jednostavnija i efikasnija zaštita od neovlašćenog zadiranja u njegovo pravo na državinu (i isključenje trećih) nego ako bi postojala samo petitorna zaštita.*

## D) NEODRŽIVOST TEORIJA U NETIPIČNOJ SITUACIJI SMETANJA, KAD JE POTREBNO I OPRAVDANJE ZAŠTITE

1. Čime, međutim, *opravdati* državinsku zaštitu u netipičnim situacijama smetanja kada je zasmetan i zaštitu uživa onaj držalac koji nema ovlašćenje da bude držalac ili ima obavezu da trpi oduzimanje ili uznemiravanje, ili kada smetalac ne postupa u situaciji sukoba sa držaoцем niti se svojom radnjom ogrešuje o neki naređeni ili zabranjeni način ponašanja? Da bi se zauzeo stav spram neke teorije, mora se biti načisto i sa time kako teorija funkcionira sa svojim objašnjenjem kada se primeni i na takve, *netipične situacije smetanja*. Jer, iako ređi od osnovne, tipične situacije, takvi slučajevi smetanja državine nisu retki, a podjednako traže da budu objašnjeni, odnosno da zaštita u njima dobije opravdanje. Kada se u analizu uključe i ti atipični slučajevi smetanja, pokazuje se da nijedna teorija nije sposobna da služi kao objašnjenje i opravdanje posesorne zaštite državine u svim situacijama smetanja i zaštite. Razlogom nijedne teorije ne može se opravdati zašto bi se posesorno štitió držalac koji nema ovlašćenja da to bude, ili ima obavezu da trpi smetanje, ili je zasmetan bez upotrebe sile i van ikakvog manifestnog sukoba sa smetaoцем. (Ili, drugačije kazano, zašto takvome priznati pravo na isključenje trećih od uticaja na državinu.)

Teorija mira primenjiva je samo na samovoljno, pre svega na nasilno smetanje državine i na druge situacije manifestnog sukoba između smetaoca i držaoца, a nije u stanju da svojim razlogom (mirom, državnim monopolom prinude) objasni i opravda zašto će nepetitorna zaštita uslediti i ako aktom smetanja javni mir uopšte nije narušen, ako ne postoji ni situacija sukoba, ako se ne može ni govoriti o oduzimanju ili uznemiravanju državine na nasilan ili drugi način kojim se narušava mir i koji su van svakog očiglednog konflikta između držaoца i smetaoca.<sup>367</sup> Potrebom zaštite mira i ostvarenja državnog monopola prinude ne može se opravdati posesorno šticeenje zasmetanog lopova i uzurpatora.<sup>368</sup> Javni interes zaštite mira nije angažovaniji na zaštiti državine nego na zaštiti svojine.<sup>369</sup> Samo narušavanje mira od strane lica ovlašćenog na državinu bolje bi se sankcionisalo njegovim kažnjavanjem ili oduzimanjem stvari počiniocu nego besmislenom obavezom da vrati stvar neovlašćenom držaoću, recimo, lopovu,<sup>370</sup> dakle, da povraćajem u pređašnje stanje ponovo uspostavlja jedno protivpravno stanje kakvo je državina lopova.<sup>371</sup>

367 Savigny, F. C. von, 1865, p. 63 (da se samo prvi od tri vida smetanja državine, *vi clam, precario*, tiče javnog mira); Heck, P., 1930, pp. 13, 486. i d.; Wieling, H., 1980, p. 576; Wieling, H. J., 2006, p. 136; Hartung, F., 2001, p. 39; Bund, E., 2007, p. 70; Müller, T., 2010, p. 231.

368 Heck, P., 1930, p. 13; Hartung, F., 2001, p. 39, prim. 72; Wieling, H. J., 2006, p. 127.

369 Heck, P., 1930, pp. 13, 486.

370 Wieling, H., 1980, pp. 576. i d.; Koziol, H., Welsler, R., Kletečka, A., 2006, p. 277.

371 Hartung, F., 2001, p. 39. i prim. 72 na toj str.

Ako je *zaštita ličnosti i volje držaoca* cilj, zašto bi do ličnosti i volje zasmetanog lopova, uzurpatora i drugih neovlašćenih držalaca pravni poredak držao više nego do ličnosti i volje vlasnika i drugih imalaca prava na državinu?<sup>372</sup> Po čemu ličnost i volja zasmetanog neovlašćenog držaoca zavređuje veću zaštitu nego ličnost i volja imaoca prava na državinu koji je izvršio smetanje?<sup>373</sup> Takođe, zaštita će uslediti i ako akt smetanja nije uperen protiv ličnosti zasmetanog, na primer, desio se van situacije kontakta sa zasmetanim, a nije svako smetanje državnine napad na ličnost.<sup>374</sup>

Ako je *zaštita svojine* cilj, zašto onda i lopov i drugi neovlašćeni držalac da uživa zaštitu – ako je zaštita svojine cilj, to ne bi smelo biti moguće.<sup>375</sup> U varijanti zaštite državnine kao u stvari zaštite svojine koju držalac redovno i ima, ostaje nejasno zašto će posesornu zaštitu uživati i onaj za koga je smesta vidno da je lopov i da nema nikakvo pravo na stvari.<sup>376</sup> U varijanti teorije svojine kao zaštite eventualnog prava, prava u nastajanju, slabo mesto je to što se držalac štiti kada je dokazano nepostojanje ikakvog prava na strani držaoca ili čak i kad on to priznaje.<sup>377</sup>

Kako stav da je *kontinuitet* cilj zaštite državnine pomiriti sa time što pravni poredak nema nikakav motiv da lopovu i drugom neovlašćenom držaocu omogući ostvarivanje interesa kontinuiteta?<sup>378</sup> Samim interesom za to da nastavi da traje postojeće stanje kako bi se sačuvala mogućnosti raspolaganja dobrom, neobjašnjivo je i ne da se opravdati postojanje državinske zaštite lopova i uzurpatora, jer njihov interes kontinuiteta nema legitimitet. Objasnjiva je i može se opravdati jedino državinska zaštita onog držaoca koji bi osnovano mogao da računa na to, i da se opravdano pouzda u to da će nesmetano moći i nadalje da raspolaže dobrom, što lopov i uzurpator ne mogu jer znaju ili bi morali znati da nisu ovlašćeni na državinu.<sup>379</sup> Zašto bi interes lopova i drugih neovlašćenih, koji očigledno može da bude samo interes za privremenom, prolaznom raspoloživošću dobara, trebalo da bude važniji od interesa vlasnika i drugog imaoca prava na državinu – da im dobro bude raspoloživo trajno a ne samo privremeno.<sup>380</sup>

372 Sosnitz, O., 2003, p. 39.

373 Pawlowski, H.-M., 1961, p. 15.

374 Hartung, F., 2001, p. 41; Bund, E., 2007, p. 70.

375 Heck, P., 1930, pp. 487. i d. i stariji autori na koje upućuje Sosnitz, O., 2003, p. 38, prim. 43.

376 Hartung, F., 2001, p. 43.

377 Randa, A., 1865, p. 85.

378 Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 53, prim. 1; Pawlowski, H.-M., 1961, p. 15; Wieling, H., 1980, pp. 575. i d.; Wieling, H. J., 2006, p. 137; Stark, E. W., 1984, p. 204; Sosnitz, O., 2003, pp. 39–40; Joost, D., 2009, p. 19; Müller, T., 2010, pp. 230–231; Gursky, K.-H., 2011, p. 85.

379 Wolff, M., Raiser, L., 1957, p. 53, prim. 1; Pawlowski, H.-M., 1961, p. 15; Wieling, H., 1980, p. 575; Wieling, H. J., 2006, p. 136; Sosnitz, O., 2003, p. 40; Müller, T., 2010, p. 231; Joost, D., 2009, p. 19; Gursky, K.-H., 2011, p. 85.

380 Jhering, R., 1869, p. 44; Wieling, H., 1980, p. 565; Sosnitz, O., 2003, pp. 39–40.

*Teorija najveće ekonomske koristi.* Ako je ostvarivanje optimalne alokacije resursa i ostvarenje najveće ekonomske koristi razlog posesorne zaštite, zašto se ta zaštita pruža lopovu i drugom neovlašćenom držaocu kada se smatra da će od stvari biti najveće koristi ako je ona kod onoga ko je za nju platio, a imaoci prava a ne smetaoci su ti koji redovno stiču teretno? Makar vlasnik i bio pasivan, a ne samo onda kada je protiv svoje volje i interesa onemogućen da bude aktivan prema stvari, faktička vlast nastala protivpravnim smetanjem ne može da ima veći legitimitet nego pravo pripadanja i slobodna odluka vlasnika šta će sa stvari. Da ekonomska efikasnost bude dovoljan razlog, protiv toga se buni moralno načelo koje bi moralo imati prevagu.

2. U pogledu atipične situacije smetanja nisu održive ni kombinacije teorija. Što se tiče njihovog međusobnog odnosa, nijedna teorija se ne isključuje ni sa jednom drugom, tako da su sve sposobne za koegzistenciju i kumuliranje. Budući da svaka teorija svoj ograničeni kapacitet (svoju neodrživost u pogledu atipične situacije smetanja i zaštite) unosi i u kombinaciju sa bilo kojom drugom ili drugim teorijama, ono što teorije ne mogu da objasne i opravdaju ponaosob, ne mogu ni udružene.

3. Ovaj, po teorije i njihove kombinacije, nepovoljan nalaz o njihovoj podesnosti da opravdaju posesornu zaštitu neovlašćenog držaoca, iskazan je paušalno, kao da je posesorna zaštita državine jedna jedinstvena pojava, i kao da onda rezultat ispita podesnosti teorija atipičnoj situaciji važi za posesornu zaštitu državine uopšte. Nalaz *nepovoljan* po sve teorije i njihove kombinacije *relativizovaću* nalazom, koji ću izložiti u nastavku (pod E), da *rezultat ispitivanja podesnosti istih teorija i istih njihovih kombinacija može biti različit u zavisnosti od toga da li se one proveravaju na modelu apsolutne posesorne zaštite ili na modelu relativne.*

#### E) RAZLOG POSTOJANJA ODREĐENOG MODELA POSESORNE ZAŠTITE; POSEBNO, RAZLOG DOMAĆEG MODELA RELATIVNE POSESORNE ZAŠTITE

##### 1. Primena teorija na posesornu zaštitu apstraktno i na razne modele zaštite

Ni državina ne postoji apstraktno, nego samo kroz svoje modele i vrste. Tako isto *ne postoji* apstraktno ni posesorna zaštita državine, neka posesorna zaštita kao takva (posesorna zaštita *in abstracto*), nego uvek samo kroz određenu svoju vrstu, određeni model zaštite. A ključne razlike počinju već kod toga da li je zaštita konstruisana kao apsolutna ili je, i kako, relativizovana (Deo 1, D).<sup>381</sup> Zbog toga što se negde državina posesorno

---

381 Str. 280. i d.

štiti bez ikakvog obzira na pravo tuženog, a drugde pravo tuženog osujećuje posesornu zaštitu državine, ne postoji posesorna zaštita državine kao takva. Posesorna zaštita državine ne da se definisati klasičnom definicijom (*per genus proximum et differentiam specificam*) pošto dve tako različite pojave – kakve su apsolutna posesorna zaštita i relativna posesorna zaštita, s jedne strane, zaštita neuslovljena nepostojanjem prava tuženika, a s druge, zaštita uslovljena takvim pravom – ne poseduju nešto što bi figuriralo kao njihova zajednička specifična razlika prema petitornoj zaštiti. (Posesorna zaštita državine može se definisati disjunktivnom ili enumerativnom taksativnom definicijom.<sup>382</sup>) Razlike su među tim modelima takve da u jednom pravnom poretku nema mesta za oba modela, nego da postoji samo jedan od njih. Iz analize adekvatnosti teorija određenom modelu i režimu posesorne zaštite ne mogu se, zato, izvlačiti zaključci o adekvatnosti teorija posesornoj zaštiti uopšte. Takva zaštita jednostavno ne postoji. A što se tiče adekvatnosti modelima posesorne zaštite ponaosob, nijedna teorija ne odgovara svakom modelu i svakom pozitivnopravnom režimu posesorne zaštite državine, ali neke teorije odgovaraju nekom modelu.

*Teorije koje su nastale na određenom modelu i režimu posesorne zaštite nema smisla kritikovati prebacujući im zbog toga što ne odgovaraju drugom modelu i režimu posesorne zaštite* (koji tvorci teorije nekada nisu ni imali, ili čak nisu ni mogli imati u vidu), *nego bi se samo moglo konstatovati da je tako*. Na primer, teorija da je posesorna zaštita državine zaštita svojine, nastala je u pandektistici na rimskopravnom modelu državine koji je državinu izjednačavao sa svojinskom državinom (*corpus + animus domini*), pa nije umesno prigovarati joj da njome ne može da se objasni posesorna zaštita upotrebne, odnosno državine prava, nego bi se samo smelo konstatovati da je tako. Ili, nije nerazumljivo što su varijanta te teorije da je posesorna zaštita pojednostavljena zaštita svojine i varijanta da posesorna zaštita služi obezbeđivanju povoljnije uloge zasmetanog držaoca u potonjoj petitornoj parnici mogle svoj motiv naći u pravnim porecima gde je *diabolica probatio* bila cena za petitornu zaštitu, a presumpcija svojine za svojinskog držaoca još nije bila uvedena. Ne bi bilo drugačije ni ako bi se varijanta teorije svojine kao zaštite držaoca kao presumiranog vlasnika kritikovala nezavisno od društvenog okruženja u kojem je nastala ili nezavisno od vrste stvari na kojoj se državina štiti, pošto je u raznim sredinama različita situacija sa time da li je većina neke vrste stvari, na primer, stanova i automobila, u rukama vlasnika ili pak zakupaca, imalaca lizinga i sl. Takođe, varijanta teorije o posesornoj zaštiti kao zaštiti pretpostavljene svojine nije neshvatljiva u pravnom poretku gde za svojinskog držaoca važi presumpcija da je vlasnik, kao što se napuštanjem takve presumpcije od strane nekog pravnog poretka menja i pogled na tu teoriju u takvom

382 O tim vrstama definicija, v. Vodinić, V. V., 2012, str. 127. i d.

poretku. Ili, teorija mira i obezbeđenja državnog monopola prinude bolje će proći u pravnom režimu apsolutne posesorne zaštite nego u režimu bilo koje relativizovane posesorne zaštite. Itd.

Osim toga, razne teorije nisu podjednako ne/odgovarajuće, već u različitom stepenu, što u većoj što u manjoj meri odgovaraju ili ne odgovaraju raznim modelima i raznim režimima (uređenjima) posesorne zaštite, kako će se sada pokazati i pri komparativnoj proveru održivosti teorija na modelu i režimu posesorne zaštite u Srbiji.

## 2. Ograničena primenjivost teorija na model i režim posesorne zaštite u Srbiji

Nijedna teorija nije nastala na modelu i režimu (uređenju) posesorne zaštite državine koji je u svemu onakav kakav je ovdašnji model relativizovane zaštite i njegov režim. Kad se teorije podvrgnu proveru njihove primerenosti ovdašnjem<sup>383</sup> modelu (a) i režimu (b) posesorne zaštite državine u pogledu devet elemenata tog režima (navedenih u Delu 1, VII),<sup>384</sup> nijedna nije potpuno adekvatna ovdašnjem modelu posesorne zaštite i svim elementima režima posesorne zaštite, a sve se razlikuju po stepenu u kojem mogu ovde da se primene, tj. po tome kojim i kolikim elementima pravnog režima odgovaraju. Teorija mira u najmanjoj meri odgovara ovdašnjem modelu i režimu posesorne zaštite državine, dok između ostalih teorija nema znatnije razlike.

### a) Primenjivost teorija na model relativizovane zaštite

Posesorna zaštita je u Srbiji relativizovana dopuštanjem prigovora apsorpcije. Nesporno je, mada nigde nije propisano,<sup>385</sup> da smetalac može u posesornom postupku efikasno da se pozove na pravnosnažnu presudu iz petitorne parnice, donetu u njegovu korist.<sup>386</sup>

383 Novi propisi bivših jugoslovenskih država pripadaju i dalje istoj porodici prava što se tiče modela posesorne zaštite državine (posesorna zaštita relativizovana prigovorom apsorpcije).

384 Str. 339–344.

385 Ako bismo zaključivali samo na osnovu propisa, izgledalo bi da je u Srbiji na snazi model apsolutne posesorne zaštite državine, pošto su izričiti kako član 78. stav 1. ZOSPO: „Sud pruža zaštitu prema poslednjem stanju državine i nastalom smetanju, pri čemu nije od uticaja pravo na državinu, pravni osnov državine [...]”, tako i član 450. stav 1. ZPP: „Raspravljanje o tužbi zbog smetanja državine ograničiće se samo na raspravljanje i dokazivanje činjenica poslednjeg stanja državine i nastalog smetanja. Isključeno je raspravljanje o pravu na državinu, o pravnom osnovu [...]”.

386 Kao i u mnogim drugim porecima, ni kod nas nema izričite odredbe *petitorium absorbet possessorium*. Sudovi su već rano zauzeli stav o dopuštenosti prigovora apsorpcije. Na primer: „[...] posednik [...] ima pravo sudske zaštite svoga poseda [...]”.

Za razliku od apsolutne, nijedna relativizovana posesorna zaštita,<sup>387</sup> pa ni ona koja je, kao kod nas, relativizovana samo prigovorom apsorpcije (a ne i prigovorom jačeg prava i mogućnošću petitorne protivtužbe u istom postupku),<sup>388</sup> ne može se objasniti teorijom mira.<sup>389</sup> Relativizovana zaštita, naime, ne odvraća od samovlasnog postupanja nijednog smetaoca koji bi svoje pravo mogao ostvariti u paralelno vođenom petitorskom postupku, budući da takvi smetaoci – uprkos tome što narušavaju mir i državni monopol prinude – mogu rezultat svoje izloženosti posesornoj tužbi osujetiti pozivanjem na ishod paralelne petitorne parnice, što ih pre podstiče da sami, smetanjem državnine dođu do oduzete im stvari nego da se radi toga obraćaju sudu. *Nepoštovanje ličnosti i volje držaoca* koji će podleći u paralelno vođenom petitorskom postupku, zbog čega će onda izgubiti i posesornu parnicu mada je njegova državina zasmetana, nadilazi upotrebljivost teorije da posesorna zaštita služi zaštiti ličnosti i volje zasmetanog držaoca. Mogućnost da vlasnik u posesornoj parnici efikasno suprotstavi prigovor apsorpcije zasmetanom držaocu, u skladu je sa teorijom svojine, po kojoj posesorna zaštita služi vlasniku da na lakši način

---

On to pravo nema jedino u slučaju ako se po tužbi odnosno protivtužbi suprotne strane sudom utvrdi da suprotna stranka ima pravo svojine ili da inače na njenoj strani postoje okolnosti na osnovu kojih se pravno pretpostavlja da ima pravo svojine. To znači da je u pravu jača nasuprot tužioca”, Savezni vrhovni sud, Gz 112/55 od 9.12.1955. „Ne može se sa uspehom voditi spor za smetanje poseda ako je već u suprotnom smislu okončana redovna petitorska parnica”, Okružni sud u Kraljevu, Gž. 1281/90. „Sud može izreći privremenu meru u parnici zbog smetanja državnine [...] sve dok petitorska parnica nije pravnosnažno okončana. [...] Pošto je pozitivnim propisima predviđen poseban parnični postupak za zaštitu državnine to sud mora da poštuje ova pravila (procesnopravna i materijalnopravna) sadržana u Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa dokle god presuda u petitorskoj parnici ne postane pravnosnažna. Tek kada presuda u petitorskoj parnici postane pravnosnažna tada se može govoriti da petitorska parnica apsorbuje posesornu parnicu, jer svakako da je petitorska zaštita jača od posesorne zaštite”, Okružni sud u Novom Sadu, Gž. 4210/2005 od 15.9.2005. U pravnoj književnosti nema suprotnog stava.

- 387 O apsolutnoj zaštiti, *non cumul* principu, i o vidovima relativizovanja posesorne zaštite, v. Deo 1, str. 280. i d., 284. i d.
- 388 Radna verzija Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Ministarstva pravde Republike Srbije predvidela je u članu 77. stav 2. tačka 4. i stavu 3. prigovor jačeg prava (*exceptio domini*) i petitorsku protivtužbu (tekst radne verzije Zakonika, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>, 14.06.2012).
- 389 Kralik, W., 1964, Bd. II, 1. Teil, II. *Diskussionsbeiträge*, p. 111. skreće pažnju na to da rešenja pravnih pitanja posesorne zaštite „zavise u krajnjoj liniji od shvatanja o cilju i suštini državnine. Ako u zaštiti državnine ne vidim ništa drugo do sankciju nedopuštene samovlasti ili nedopuštenog obrtanja tereta dokaza, tada zabrana prigovora jačeg prava nema ničeg odbijajućeg u sebi. Ako, međutim, u prvi plan stavim funkciju državnine kao bedema svojine [...], tada je ta zabrana jedna izrazita nelogičnost.”

ostvari pravo, dok je u slučaju osnovanog prigovora apsorpcije posesorni tužilac neko ko nije vlasnik. *Teorija kontinuiteta* takođe nema teškoća sa relativizovanošću posesorne zaštite prigovorom apsorpcije (ili na druge načine), pošto je po njoj interes kontinuiteta držaoca koji nema pravo slabiji od interesa kontinuiteta smetaoca koji ima pravo, o čemu se upravo vodi računa dopuštanjem prigovora apsorpcije. *Teorija najveće ekonomske koristi* takođe je u stanju da objasni zašto će i vlasnik koji je prethodno bio pasivan kao držalac, a koji je potom aktivan kao smetalac, biti u stanju da zahvaljujući prigovoru apsorpcije ostavi bez zaštite držaoca koji je koristio stvar u vreme pasivnosti vlasnika: uprkos tome što je prethodno ostvarivana najveća ekonomska korist pri pasivnosti vlasnika, sada kada je vlasnik aktivan, očekivanje je da će ostvariti najveću ekonomsku korist vršenjem ranije zanemarene državine.

#### b) Primenjivost teorija na režim zaštite

1. Posesorna zaštita državine je u Srbiji *sudska* i ostvaruje se u *posebnom* parničnom postupku (čl. 77. i d. ZOSPO, čl. 448. i d. ZPP).<sup>390</sup> To stvara teškoću samo *teoriji mira*. Ako bi odlučujući razlog posesorne zaštite trebalo da bude mir kao javna vrednost (javni red i mir), a ne privatni interes zasmetanog držaoca, tada bi za ostvarenje generalno preventivnog učinka javnopravni put bio primereniji (što je negde i rešenje), tako da se upravna nadležnost i kazneni postupci pre mogu očekivati nego parnični postupak.

2. Državina se može zaštititi u posesornom postupku, a *i u petitornoj parnici sud može da odredi privremene mere ako se učini verovatnim da je smetanjem državine povređeno pravo* (čl. 296. i d. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, član 451. ZPP, član 81. ZOSPO). Razlog nijedne teorije nije prepreka tome da paralelno postoje ovdašnji režim zaštite putem privremene mere u petitornoj parnici i ovdašnji režim posesorne zaštite, ali se razlogom nijedne teorije ne može objasniti zašto oba ta mehanizma provizorne i hitne zaštite državine postoje paralelno. Odgovor na to da li će oba postojati ne potiče od razloga teorija, nego se daje sa stanovišta *celishodnosti* (da li je u tom slučaju zaštita efikasnija i sl., šta se dobija a šta gubi takvim rešenjem).

3. Zasmetanom držaocu je pored prava na sudsku posesornu zaštitu priznato i *pravo na posesornu samopomoć* (član 76. i član 78. stav 2. ZOSPO). *Teorija mira* nije u stanju da svojim razlogom objasni ni opravda samopomoć; razlog posesorne zaštite po njoj je očuvanje mira i državnog mo-

---

390 Potvrđeno i u praksi sudova, na primer: „Sporove radi smetanja državine rešava osnovni sud i kad se o istoj pravnoj stvari vodi upravni postupak”, Viši sud u Čačku, Gž 851/11 od 9.11.2011.

nopola prinude, a samopomoć, kao akt sile, nije ništa drugo do novi atak na mir i državni monopol prinude; samopomoć, štaviše, može biti ne kraj nasilja nego početak niza akata nasilja ako smetalac uzvratiti na akt samopomoći, a držalac uzvratiti smetaocu itd. Smetajući državinu smetalac ne uvažava ličnost i volju držaoca, a akt samopomoći jeste sredstvo reafirmisanja ličnosti i volje zasmetanog držaoca, tako da se samopomoć može razumeti kao skladna cilju posesorne zaštite, kako to i iskazuje *teorija ličnosti*. Pošto u našem pravu ne postoji problem *diabolica probatio*, kakav je opterećivao ranije poretke, to ni sudska posesorna zaštita ne predstavlja sredstvo bez kojeg bi pravo zasmetanog vlasnika ostalo nefunkcionalno u petitornom postupku, od čega je *teorija svojine* htela da izbavi vlasnika; pošto, dakle, takav cilj nije aktuelan, ni samopomoć ne može da se shvati kao instrument za njegovo ostvarivanje. Ostvarenje držaočevog *interesa kontinuirane mogućnosti raspolaganja dobrima* može podjednako biti cilj i sudske zaštite i samopomoći. Isto važi za postizanje *najveće ekonomske koristi*. Međutim, mada se teorija ličnosti, teorija svojine i teorija najveće ekonomske koristi tiču razloga koji bi mogli biti ono čemu bi samopomoć mogla da služi, odatle ipak ne proističe zaključak da se ti ciljevi ne bi mogli ostvariti i samo sudske posesorne zaštite (ili sudske posesorne zaštite i zaštitom putem privremene mere), bez priznavanja prava na samopomoć zasmetanom držaocu. Hoće li postojati obe, o tome ne odlučuje cilj kome su u stanju da služe, već ocena *celishodnosti* pošto obe mogu brzo i provizorno da uspostave onakvo državinsko stanje kakvo bi ono bilo da nije bilo smetanja.

Da je samopomoć *nužna* (član 76. ZOSPO), taj uslov za dopuštenost samopomoći shvaćen je u sudskoj praksi i pravnoj književnosti kao nedostižnost sudske zaštite na vreme.<sup>391</sup> Samopomoć nije uopšte u skladu sa *teorijom mira*, ali ovako shvaćen uslov nužnosti služi ograničenju samopomoći i povećanju mere ostvarenja državnog monopola prinude. Supsidijarnost samopomoći ništa ne menja u pogledu odnosa ostalih teorija i samopomoći.

4. I za posesornu tužbu i za samopomoć važe dva ista *roka*: jedan objektivni i jedan subjektivni, oba prekluzivna, i oba iste dužine (član 77. ZOSPO).<sup>392</sup> Razlog nijedne teorije ne opredeljuje ni prirodu, ni dužinu

391 Izraz „nužna” samopomoć može, međutim, imati šire značenje: da li je samopomoć uopšte potrebna, a ne samo da li bi i sudske zaštite mogla biti blagovremeno ostvarena. Izraz „nužna” samopomoć ne mora uopšte da znači njenu supsidijarnost u odnosu na blagovremenu sudske zaštite, već šire, to da li je samopomoć uopšte potrebna u konkretnom slučaju, tj. da se na drugi način ne može sprečiti oduzimanje ili uznemiravanje državine, ili da smetalac i bez radnje samopomoći ne bi obustavio dalje vršenje ili ponavljanje radnje, odnosno uklonio stvoreno stanje smetanja.

392 Trideset dana od saznanja, a godinu od smetanja. U odnosu na te rokove, rokovi u uporednom pravu, vidi Deo 1, VI.D, str. 335. i d.; Lurger, B., Faber, W. (ur.), 2011, *Principles of European Law – Study Group on a European Civil Code, Acquisition*

roka, a ni to da li rešenje za rok za samopomoć mora da bude isto ili različito kao za rok za tužbu. To je stvar ocene *celishodnosti*.

5. Državnina se štiti *bez obzira na vrstu* (državnina stvari, kako svojinska, tako i upotrebnost),<sup>393</sup> državina prava stvarne službenosti; neposredna i posredna državina; sudržavnina) (čl. 75. i 80. ZOSPO) i *bez obzira na objekt* (pokretna ili nepokretna stvar), a od *svojtava* državnine jedino manljivost državnine predstavlja relativnu prepreku zaštiti u vidu *prigovora manljivosti* (član 78. stav 2. ZOSPO).

To što sudska praksa ne pravi razliku u pogledu zaštićenosti, svejedno da li *posredni držalac smeta neposrednog ili neposredni posrednog*,<sup>394</sup> nalazi podršku u svim teorijama, ali ni u jednoj to što u nizu odluka sudovi štite *sudržaoca samo ako mu je drugi sudržalac oduzeo državinu*<sup>395</sup> (što

---

*and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq. Own.)*, Munich, pp. 1297. i d., 1339. i d., redovno su kraći za samopomoć (ne samo kada su nenumerički, tj. *in continenti*, bez odlaganja, smesta, za progona, dok smetanje traje, neposredno po smetanju, na primer, u Nemačkoj, Švajcarskoj, Grčkoj, Poljskoj, Kipru, nego i kada su numerički, recimo, 30 minuta od smetanja po tumačenju u Estoniji). Ali su rokovi za tužbu redovno duži (ne samo kada su numerički izraženi kao duži, primerice, tri godine u Gruziji, Moldaviji, Mongoliji). Jer, i kada je rok, kako je u uporednom pravu najčešće, numerički čak iste dužine kao kod nas (godinu dana, primera radi, u Francuskoj, Nemačkoj, Grčkoj, Mađarskoj, Poljskoj, Španiji), pa čak i kad je numerički kraći (kao, na primer, šest meseci u Bugarskoj, 60 dana na Malti i u Litvaniji), zasmetani držalac može da ima u uporednom pravu u konkretnom slučaju vremenski izdašniju mogućnost zaštite nego kod nas ako je taj jednogodišnji ili neki kraći rok tamo jedini, a ne postoji, kao kod nas, još i subjektivni rok (budući da istek subjektivnog kraćeg roka ima isto dejstvo kao da je već istekao objektivni duži). Obrnuto, kad je u uporednom pravu jedini kraći rok subjektivan (kao nenumerički smesta, po saznanju za smetanje u Švajcarskoj ili kao rok od 30 dana, od saznanja za smetanje u Austriji), vreme raspoloživo zasmetanom držaocu može biti i duže nego kod nas (što zavisi od časa saznanja za smetanje i smetaoca u konkretnom slučaju).

393 Posle II svetskog rata u prvi mah bilo je sporno u praksi da li držalac prava/upotrebnosti držalac (poslugoprimac, depozitar, komisionar i dr.) uživa posesornu zaštitu, a naročito prema držaocu/svojinskom držaocu, v. Gams, A., 1949, *Stvarno pravo*, Beograd, str. 50–51.

394 Primerice, zaključak br. 2/85 Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 16.5.1985; Okružni sud u Novom Sadu, Gž 1138/2006 od 9.3.2006; Privredni apelacioni sud, Pž. 13112/201 od 3.11.2010; v. i Subić, M., *Pravo na državnu nepokretnost kroz sudska praksu*, u: Subić, M., 2005, *Zakon i sudska primena zakona (Zbornik radova)*, Beograd, str. 106. i d. U lit. ima i stavova da se posredni držalac posesorno štiti samo u odnosu na treće, v. Stojanović, D. D., 1998, str. 35. Radna verzija Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (nav. u prim. 388) predviđa posesornu zaštitu oba držaoca i u međusobnom odnosu, član 68. stav 1.

395 Tako, na primer, Viši sud u Nišu, Gž. 2696/2010 od 14.9.2010, a u lit. Stojanović, D. D., 1980, str. 170, 175; Stojanović, D. D., 1998, str. 28, 35; Lazarević, D., 2002, *Državnina (pojam, oblici i zaštita)*, Beograd, str. 183. Up. i Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., 2006, str. 75–76.

inače ne proističe iz zakonskog teksta jer reči zakona da jedan sudržalac „onemogućava drugoga u dotadašnjem načinu vršenja fizičke vlasti na stvari” podjednako obuhvataju i uznemiravanje državnine, pošto se dotadašnji način vršenja državnine može onemogućiti i bez potpunog lišavanja sudržaoca fakičke vlasti). Ostvarivanje mira i državnog monopola prinude, poštovanje ličnosti držaoca, pojednostavljeno šticeenje svojine, interesa kontinuiteta i najveće ekonomske koristi, sve to je potrebno bez razlike da li se radi o oduzimanju ili uznemiravanju sudržavnine.

*Teorija mira* je nespojiva sa *dopuštenošću prigovora manljivosti*, tj. sa uskraćivanjem sudske i vansudske posesorne zaštite *manljivom držaocu kojeg smeta onaj u odnosu na koga je držalac manljiv*, pošto je akt preduzet prema manljivom držaocu takođe samovlasni akt sile, prinude itd. Samopomoć zasmetanog izvršena spram smetaoca i sama je, naime, akt protiv mirnog rešavanja sporova, i nema načina da u *modelu relativizovane zaštite državnine* bude shvaćena kao sredstvo koje služi čuvanju mira i državnog monopola prinude (kako je već objašnjeno u pogledu prava na samopomoć, pod 3). Ako se, kako to uzima *teorija ličnosti*, ličnost i volja držaočeva smatraju ciljem posesorne zaštite, prigovor manljivosti je sredstvo za reafirmaciju ličnosti i volje držalaca povređenih aktom smetanja državnine. Dopuštenost prigovora manljivosti ne može se objasniti samim razlogom *teorije svojine*, ni u jednoj njenoj varijanti, pošto i ponašanje držaoca pre nego što je izložen aktu smetanja i ponašanje smetaoca pri aktu smetanja podjednako mogu odgovarati svojinskim ovlašćenjima. Ako posesorna zaštita postoji da bi držalac ostvario svoj interes kontinuiteta ili da bi se ostvarila najveća ekonomska korist, tada ni razlozi *teorije interesa kontinuiteta* i *teorije najveće ekonomske koristi* ne mogu biti ključ za dopuštenost prigovora manljivosti.

6. *Sudsku posesornu zaštitu uživa samo držalac*, dok su na *samopomoć* ovlašćeni i *držalac* i *pritezalac*, a u njihovom *međusobnom odnosu* zaštićen je samo držalac od pritežaoca.<sup>396</sup> Neki su drugi razlozi (i to iz sfere ocene *celishodnosti*) a ne razlozi teorija (dakle, ne očuvanje mira, zaštita ličnosti, pojednostavljena zaštita svojine, ostvarenje interesa kontinuiteta, postizanje najveće ekonomske koristi) što je sudska zaštita dostupna samo držaocu. Jer, da o tome odlučuju samo pojave koje teorije smatraju onim

396 U lit. je šire prihvaćeno da i pritezalac može vršiti samopomoć, dok se retko sreće suprotan stav, na primer, kod Lazarević, D., 2002, str. 183, a poznat mi je jedan slučaj da je sud tvrdio da „pravo na samopomoć ima samo držalac ... (član 76 ZOSPO)”, Savezni sud, Gzs. 33/94 od 9.2.1995. Naizgled to tvrdi i Stojanović, D. D., 1980, str. 170; Stojanović, D. D., 1998, str. 28, ali u stvari priznaje pritežaocu to ovlašćenje u vidu prava da vrši držaočevo pravo na samopomoć. – Radna verzija Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (nav. u prim. 388) uređuje pravo pritežaoca na samopomoć, član 64. stav 2. i određuje da se pritezalac ne štiti u odnosu sa držaoцем, član 66. stav 2.

što bi trebalo da se postigne posesornom zaštitom, sudska zaštita od oduzimanja ili uznemiravanja bi sledovala i pritežaoцу (pošto i on ima faktičku vlast i pravo isključiti treće od uticaja na nju, i izložen je narušavanju mira, i nepoštovanju njegove ličnosti, i pošto i pritežalac može biti vlasnik, i pošto ima interes kontinuiteta, i vršenjem faktičke vlasti može da ostvari najveću ekonomsku korist).

7. Smetanje državine je opisano samo nazivima osnovnih oblika – *oduzimanje i uznemiravanje državine* (član 75. ZOSPO), koji onda mogu biti tumačeni i u smislu modernog pojma smetanja državine kao nedopuštenog samovlasnog postupanja, tj. kao bilo koja radnja bez ili protiv volje držaoca i protivpravna.<sup>397</sup> Sudovi su imali prilike da zaštitu pružaju i u slučajevima koji izlaze iz okvira tradicionalnog smetanja putem sile, potajno ili zloupotrebom poverenja.<sup>398</sup> Širi pojam smetanja je u skladu sa svim

397 Protivpravnost je u sudskoj praksi uslov postojanja smetanja državine, vidi, recimo, Vrhovni sud Srbije, Gzz 200/77 od 28.2.1978; Vrhovni sud Srbije, Gzz. 134/82; Vrhovni sud Srbije, Gzz 151/2002 od 20.11.2003; Okružni sud u Valjevu, Gž. 748/2004 od 3.6.2004; Okružni sud u Valjevu, Gž. 554/2006 od 14.6.2006; Viši sud u Užicu, Gž. 398/2010 od 23.3.2010; Viši sud u Užicu, Gž 1732/10 od 21.12.2010; Privredni apelacioni sud, Pž. 10915/2010 od 12.5.2011; Viši sud u Pančevu, Gž. 606/12 od 7.9.2012; Viši sud u Požarevcu, 1 Gž 422/13 od 22.1.2013; Viši sud u Požarevcu, 1 Gž 910/13 od 13.11.2013; Viši sud u Čačku, Gž. 398/2013 od 29.5.2013.

398 O užem i širem pojmu smetanja v. Deo 1, V.B, str. 318. i d. – „Za smetanje poseda nije dovoljna samo nasilna fizička radnja nekog lica već je bitna činjenica ometanja u korišćenju nečijeg poseda bez obzira na način kako se to smetanje vrši”, Vrhovni sud Srbije Gzz 426/73. „Smetanje državine predstavlja svaki akt kojim se onemogućava ili ometa normalno vršenje faktičke vlasti na stvari koja sačinjava državinu”, Vrhovni sud Srbije, Gzz. 264/75. Tako se, primera radi, i verbalna zabrana smatra smetanjem državine ako sadrži ozbiljnu pretnju koja je dovela do prestanka državine, v., recimo, Okružni sud u Požarevcu, Gž. 1207/2002 od 27.12.2002; Okružni sud u Valjevu, Gž. 958/2006 od 31.7.2006; Okružni sud u Čačku, Gž 1295/08 od 23.7.2008; Okružni sud u Novom Pazaru, Gž. 1583/08 od 11.12.2008; Viši sud u Subotici, Gž. 80/2012 od 28.2.2012. Ili, kao smetanje državine zakupca poslovnog objekta kvalifikovano je podnošenje zahteva zakupodavca za isključenje električne energije u objektu, na osnovu kojeg je nadležna služba objekt isključila sa napajanja električnom energijom, Viši sud u Požarevcu, Gž 463/2013 od 6.6.2013. (Zanimljivo je da je pri gotovo istom činjeničnom stanju, s tom razlikom što je telefonski pretplatnički broj u zajednički korišćenom poslovnom prostoru ukinut na zahtev jednog od sudržalaca na čije ime se vodio, sud zauzeo stav da nema smetanja jer da niko ne može imati državinu telefonskog broja odnosno priključka, jer da telefonski priključak sa brojem nije stvar, a nije ni pravo stvarne službenosti, Okružni sud u Užicu, Gž. 633/2008 od 17.3.2008). – Uži pojam smetanja se sreće uglavnom kod starijih autora. Primerice: „[...] da je izvesnome licu, koje je imalo državinu, ova i protivu njegove volje vi, clam ili praecario oduzeta; dakle oduzeta jednim formalno neopravdanim postupkom“ (Perić, Ž. M., 1922, str. 9). „Ako neko nekome nedozvoljenim načinom (silom, krađom, zaposednućem) oduzme neku stvar koju ovaj drži u svojem posedu [...]” (Piškulić, Z., Đerđ, I., 1924, *Osnovi privatnoga prava u Vojvodini*, Beograd, str. 28). „Pri državinskoj tužbi za povraćaj stvarni tuženi

teorijama o razlogu posesorne zaštite, dok ako bi važio uži pojam smetanja, ostalo bi nejasno zašto da se razlozi teorija (mir, poštovanje ličnosti i dr.) ne ostvaruju u slučajevima koji ostaju van užeg pojma smetanja.

Ne stiče se jasna slika da li kod nas vlada stav da je smetanje posredi samo ako je smetalac *svestan smetanja*, i ako *namerno* smeta, a ne i ako smetanje izvrši *u zabludi*.<sup>399</sup> *Teorija mira* bi to nalagala, jer zabrana smetanja, koja je norma za smetaoca i koja postavlja pravilo ponašanja, može da ima za adresata samo nekoga ko bar može da zna da postupa nedopušteno i smeta državinu. Međutim, obaveza da se prestane sa radnjom smetanja, ukloni stanje smetanja ili preda stvar zasmetanom držaocu postoji nezavisno od smetaočevog subjektivnog elementa (nezavisno od stanja njegove svesti i mogućeg stanja svesti), tako da pojam smetanja i smetaoca valja definisati objektivno (pošto on služi da se odredi kada postoji zaštita kao pravna posledica), a sa time teorija mira nije u skladu. Ako posesornom zaštitom treba da se postigne da zasmetani držalac ne bude izložen onome što nije spojivo s poštovanjem njegove ličnosti i što nije izraz njegove volje u pogledu stvari, onda je jedino objektivni pojam smetanja (i smetaoca) u skladu sa *teorijom ličnosti* budući da se subjektivni pojam smetanja fokusira na smetaoca, pa bi zasmetani držalac ostao bez zaštite kad god smetalac nije mogao da zna da postupa nedopušteno i smeta državinu. Isti stav (pojam smetanja državine bez subjektivnog elementa) proizlazi i iz *teorije svojine*, *teorije interesa kontinuiteta* i *teorije najveće ekonomske koristi* pošto sve one polaze sa pozicije zasmetanog i onoga što je u njegovom interesu.

8. Bez ikakve posebne odredbe o tome, domaći sudovi i pravna književnost smestili su u *krug pasivno legitimisanih* ne samo smetaoca nego i njegovog nalagodavca, njegovog nesavesnog singularnog sukcesora (lice koje je pribavilo državinu od smetaoca),<sup>400</sup> a i smetaočevog univerzalnog

je lice koje je na manljiv način (silom, prevarom ili lukavstvom, zloupotrebom poverenja) steklo državinu stvari [...]” (Gams, A., 1959, str. 201).

399 Vidi nejedinstvene stavove, na primer, Vrhovni sud Srbije, Gzz. 319/73; Okružni sud u Kragujevcu, Gž 1289/78 od 23.10.1978; Okružni sud u Kosovskoj Mitrovici, Gž 433/78 od 17.10.1979; Okružni sud u Nišu, Gž. 1167/82; Okružni sud u Užicu, Gž. 1109/2005 od 27.1.2006; Okružni sud u Čačku, Gž. 1093/2007 od 27.6.2007; Jesensky, A. E., Protić, P. J., 1922, *Privatno pravo u Vojvodini*, Sombor, str. 85; Legradić, R., 1957, str. 143; Gams, A., 1959, str. 201; Vukčević, V. P., 1974, str. 123; Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., 2006, str. 70.

400 „Samim tim što je tuženik uneo svoje stvari u kuću i nastanio se u toj kući, a znao je da je kuća do tada bila u posedu tužioca, te da je znao da vlasnik nasilno otvara vrata kuće i iznosi tužiočeve stvari iz kuće da bi tuženiku omogućio posed kuće, dovoljan je osnov i razlog za zaključak suda da je tuženik tim radnjama izvršio smetanje poseada tužioca na ovoj kući”, Vrhovni sud Srbije, Gzz. 426/73. „Na posedovnu zaštitu ima pravo držalac ne samo protiv učinioca smetanja nego i protiv svih njegovih singularnih sukcesora koji su pribavili posed stvari znajući da je prethodnik pribavio na nei-

sukcesora, uz kolebanja u pogledu ne/potrebnosti njegove nesavesnosti.<sup>401</sup> Nije mi poznato da se pasivno legitimisanim smatra i koji drugi aktuelni držalac stvari oduzete svojevremeno smetanjem državine (na primer, lopov koji je smetaoca ili smetaočevog singularnog sukcesora lišio državine, a ne držaoca).<sup>402</sup> Životnom iskustvu odgovara da spor u pogledu državine može nastati između držaoca ili njegovog sledbenika, s jedne strane, i bilo kojeg od navedenih lica, s druge, kao i postavljanje zahteva prvih prema drugima. Ako bi posesorna zaštita služila *miru*, tj. predupređenju samovlašća i ostvarenju državnog monopola prinude, krug pasivno legitimisanih morao bi ostati ograničen samo na nesavesna lica, tj. na one koji znaju ili bi morali znati za smetanje, a ne bi odlučivalo jesu li posredi singularni ili univerzalni sukcesori ili treći koji aktuelno drže smetanjem oduzetu stvar. Međutim, budući da posesorna zaštita postoji da bi se za zasmetanog držaoca učinilo ono što treba (stvorilo državinsko stanje kakvo bi bilo da smetanja nije bilo), a ne da bi se kažnjavalo smetaoca, to se krug pasivno legitimisanih formira prema objektivnom a ne subjektivnom pojmu smetanja i smetaoca (objašnjeno pod 7). Isto rešenje bi iz istog razloga proisticalo iz *teorije ličnosti*, *teorije interesa kontinuiteta* i *teorije najveće ekonomske koristi*.

#### F) NESPECIFIČNOST RAZLOGA POSESORNE ZAŠTITE DRŽAVINE

Sa stanovišta pravnog poretka Srbije, tj. ovdašnjeg modela relativizovane posesorne zaštite, ništa od onoga što bi po teorijama bilo razlog posesorne zaštite državine *nije specifično* za posesornu zaštitu državine.

stinit, odnosno nezakonit način, tj. ako je sledbenik znao za manljivost ili nezakonitost državine”, Viši sud u Subotici, GŽ. 1010/81. „Prvotuženi je naložio drugotuženom da poore sporni deo predmetne nepokretnosti što je ovaj i učinio, te su na taj način obojica tužena izvršila smetanje državine u odnosu na tužioca. Kod ovakvog stanja stvari pasivno legitimisano lice smatra se i neposredni učinilac smetanja državine kao i nalogodavac”, Okružni sud u Požarevcu, GŽ. 1102/2001 od 10.12.2001. „U konkretnom slučaju tuženik je poverio svoj automobil drugom licu koje je vozilo parkiralo na parceli tužilje umesto na susednoj parceli koju koristi tuženik. Na taj način sporna samovoljna radnja je nesumnjivo izvršena za račun tuženog pa su i tuženik i pomenuti svedok smetali tužilju u poslednjoj mirnoj državini i to svedok [...] neposredno a tuženik posredno. Iz izvedenih dokaza proizlazi da je preduzeta radnja svedoka izvršena uz saglasnost tuženika pa nije od bitnog značaja činjenica što tuženik nije lično upravljao vozilom i nije lično i neposredno izvršio spornu radnju parkiranja”, Okružni sud u Užicu, GŽ 1328/09 od 26.6.2009.

401 Retko se, kao na primer kod Lazarević, D., 2002, str. 179, nesavesnost univerzalnog sledbenika smetaočevog postavlja kao uslov za njegovu pasivnu legitimaciju (da je znao ili mogao znati).

402 O široj pasivnoj legitimaciji, proširenoj i na svakog trećeg aktuelnog držaoca jednom oduzete stvari, v. Deo 1, IV.B.c, str. 314–315.

Ostvarenju svake od tih vrednosti (mira, poštovanja ličnosti itd.) služe i neke druge pravne ustanove, a među ostalima i petitorna zaštita državnine, pa i zaštita privremenom merom.<sup>403</sup> I petitorna zaštita ostvaruje sve to što teorije pripisuju posesornoj: odvrća od samovlasnog postupanja, nalaže poštovanje ličnosti i volje, pruža zaštitu svojini, omogućuje ostvarenje interesa kontinuiteta i najveće ekonomske koristi. (S tim što ovlašćeni držalac petitornom zaštitom to može da postigne po pravilu sporije, a posesornom brže, i što zasmetani ovlašćen na državinu a neobavezan da trpi smetanje to može da postigne sa konačnim efektom već u posesornoj parnici.) Oni koji specifičnost razloga za posesornu zaštitu smatraju uslovom za održivost teorije, suočavaju se tako sa time da prigovor nespecificnosti koji upućuju drugim teorijama<sup>404</sup> važi i za njih.<sup>405</sup>

### G) RELATIVNA VREDNOST SVAKE KOMBINACIJE TEORIJA

Teorije ni u kombinaciji nisu podesne da opravdaju posesornu zaštitu držaoca neovlašćenog da to bude i posesornu zaštitu državnine od smetanja van situacije sukoba. Ni kada se u kombinaciji primene na model i režim posesorne zaštite u Srbiji, svi elementi ovdašnjeg modela i režima posesorne zaštite ne nalaze objašnjenje ni u jednoj kombinaciji teorija, koje god od njih da se povežu, pošto rešenja pojedinih elemenata (paralelno postojanje posesorne zaštite i zaštite privremenom merom, rok, širi pojam smetanja) ne zavise od toga šta je razlog posesorne zaštite državnine. Koje god teorije da se kombinuju, nijedna kombinacija razloga nije specifična za posesornu zaštitu državnine budući da nijedna teorija ni ponaosob kao razlog postojanja posesorne zaštite ne određuje nešto što bi bilo razlog samo te zaštite.

403 Tako Stark, E. W., 1984, p. 205. kaže da je razlog posesorne zaštite državnine zaštita od sile i privatne pravde, u pogledu čega je posesorna zaštita umnogome odmenjena drugim pravnim institutima ili bar upotpunjena njima, ukazujući na zaštitu putem privremene mere (pp. 229, 231).

404 Na primer, Heck, P., 1930, p. 488; Hartung, F., 2001, p. 41, pristalice teorije kontinuiteta, upućuju kritiku teoriji mira i teoriji ličnosti zbog toga što mir i ličnost nisu interesi koji se štite samo posesornom zaštitom, a Sosnitza, O., 2003, p. 39, pristalice teorije mira, kritikuje teoriju ličnosti tvrdnjom da bi na određeni način i sva imovinska prava mogla da se shvate kao izraz opšteg prava ličnosti ili opšte slobode delanja, čime se ne razjašnjava specifičan sadržaj posesorne zaštite.

405 Recimo, iako Heck, P., 1930, p. 488. i Hartung, F., 2001, p. 41. kritikuju teoriju mira i teoriju ličnosti zbog nespecificnosti njihovih razloga za posesornu zaštitu, sami navode niz drugih pravnih pravila, među kojima i o državnini, za koja kažu da su, kao i posesorna zaštita, izraz iste ideje zaštite kontinuiteta, Heck, P., 1930, p. 14, i Hartung, F., 2001, pp. 46. i d., 50. i d. (Sosnitza, O., 2003, p. 47. naglašava da to što zakon u drugom kontekstu štiti držaočev interes kontinuiteta, ne kazuje još ništa o razlogu posesorne zaštite državnine.)

## H) SAMO IMANENTNA KRITIKA ILI I TRANSCENDIRAJUĆA KRITIKA?

### a) Ostali aspekti imanentne kritike pojedinih teorija

Teorije su u dosadašnjoj analizi bile podvrgnute imanentnoj kritici u tri pravca: da li onaj razlog koji teorije navode važi za sve ili tek za neke situacije smetanja državine, da li važi za sve ili tek za neki model zaštite, i da li je specifičan za posesornu zaštitu. Ali se, kako ću sada pokazati, moguća imanentna kritika teorija ne iscrpljuje proveravanjem razloga zaštite samo pomoću navedena tri merila. Pojedine teorije podležu određenoj imanentnoj kritici u pogledu korišćenih razloga zaštite *i nezavisno* od toga da li razlog važi samo za zaštitu ovlašćenog držaoca ili i za zaštitu neovlašćenog držaoca, samo za zaštitu držaoca smetanog nasilno i sl. ili i za smetanog van situacije sukoba, da li važi za svaki model zaštite, ili samo za apsolutni ili samo za relativizovani, da li je razlog specifičan za posesornu zaštitu ili nije. Reč je, utoliko, o nedostatku koji opterećuje razlog zaštite *uvek*, jer proističe iz njega samog (*imanentni nedostatak u užem smislu kao merilo*).

*Teorija mira*. Potrebnom zaštite mira i ostvarenja državnog monopola prinude ne može se opravdati posesorno šticeenje onih lica koja su, pretendujući da ostvaruju određeno pravo, ima li ga doista ili ne, povredila tuđu državinu upravo narušavajući mir i državni monopol prinude.<sup>406</sup> Ako je mir cilj posesorne zaštite, teorija mira nije u stanju da ostvarenjem mira i zabranom upotrebe sile objasni zašto se držaocu pruža zaštita od upotrebe sile, a ne štiti se od držaočeve upotrebe sile, kojom se takođe narušava mir.<sup>407</sup> Kada je držalac ovlašćen da se sam štiti (samopomoć), između ostalog i silom i prinudom, upravo se time narušava mir i omogućava nasilje, dakle, baš ono od čega bi po teoriji mira trebalo da odvraća posesorna zaštita.<sup>408</sup> Ako bi cilj bio da se zaštititi javni mir, to bi se pre postizalo policijskim i kaznenim pravom, i moralo bi se predvideti postupanje po službenoj dužnosti, a izlišno bi bilo da se povrhu toga predvide posesorne tužbe.<sup>409</sup> Za zaštitu javnog mira posesorna zaštita je nepodesno sredstvo, budući da bi narušavanje mira ostalo bez sankcije i odvrcajućeg efekta kad god bi, iz bilo kojeg razloga (straha, nezainteresovanosti i dr.) zasmetani držalac bio nezainteresovan da tuži.<sup>410</sup>

406 Heck, P., 1930, p. 13; Hartung, F., 2001, p. 39. prim. 72; Wieling, H. J., 2006, p. 127.

407 Hartung, F., 2001, p. 38.

408 Heck, P., 1930, pp. 13, 486; Wieling, H., 1980, p. 576; Wieling H. J., p. 136; Portmann, R., 1997, p. 4. prim. 15; Hartung, F., 2001, p. 38; Bund, E., 2007, p. 70.

409 Đorđević, A., 1903, str. 120–121; Hartung, F., 2001, p. 39. i prim. 72 na toj str.; Gursky, K.-H., 2011, p. 84.

410 Hartung, F., 2001, p. 39. i prim. 72 na toj str.; Wieling, H. J., 2006, pp. 136–137.

*Teorija ličnosti.* Ako se državina štiti da bi se zaštitila ličnost držaoca, tada bi pravo na posesornu zaštitu državine moralo poneti neke karakteristike ličnih prava (prava ličnosti), a između ostalog i to da služi ostvarenju neimovinskih, ličnih interesa bar onoliko koliko služi zaštiti imovinskih, što kod posesorne zaštite državine nije slučaj jer su imovinski interesi u prvom planu, ako ne i jedini.<sup>411</sup> Da bi državina bila shvaćena kao lično dobro, morala bi biti ili sastavni deo ličnosti ili emanacija, izraz ličnosti, neraskidivo povezan s ličnošću, a takve impregnacijske veze s ličnošću nema, ne samo u slučajevima bezbrojnih svakodnevnih bezličnih faktičkih vlasti (sedeti na stolici, voziti automobil, prelaziti preko zemljišta i dr.).<sup>412</sup> Zašto bi pravo ličnosti držaoca, otelovljeno u državini, trebalo da bude zaštićenije nego pravo ličnosti vlasnika, otelovljeno u pravu svojine.<sup>413</sup> Volja i autonomija ličnosti, a ništa manje ličnost sama, izuzetno su neodređeni pojmovi, a dopuštenost smetanja ne određuje se s obzirom na povređeno lice i lične interese, nego u prvom redu s obzirom na faktički odnos sa stvari i na imovinske interese.<sup>414</sup>

*Teorija svojine,* varijanta brže zaštite svojine, da se štiteći državinu u stvari štiti svojina, ne opstaje ako bi trebalo da važi kao objašnjenje i za posesornu zaštitu državine prava, odnosno upotrebnog držaoca,<sup>415</sup> pošto zaštita držalaca prava odnosno upotrebnih držalaca očigledno nije zaštita svojine. Teorija svojine, varijanta zaštite presumiranog vlasnika, zakazuje i tako što, dok se za svojinskog držaoca presumira da je vlasnik, za upotrebnog držaoca se u odnosu sa svojinskim ne presumira da ima pravo plodouživanja, zakupa, posluge, ni bilo koje drugo pravo koje ograničava svojinu, a ipak se uprkos tome državina štiti bez obzira na njenu vrstu, bila svojinska, bila upotrebna.<sup>416</sup> Ista varijanta ne izlazi na kraj ni sa činjenicom da se presumpcija svojine na nepokretnostima ne nadovezuje na državinu nepokretnosti nego na upis u javnom registru,<sup>417</sup> a da se tabularna državina štaviše posesorno ne štiti. Dok je po *ius commune* vlasnik morao dokazati neprekinuti niz derivativnog sticanja, unazad do prvog originarnog, u savremenom pravu prihvata se dokaz bilo kojeg činjeničnog skupa koji rezultira sticanjem svojine, zbog čega u olakšanom dokazivanju propisi o posesornoj zaštiti više nemaju raniju ulogu.<sup>418</sup> Neopravdana je

411 V. i Hartung, F., 2001, p. 41.

412 V. i Hartung, F., 2001, p. 41; Sosnitzer, O., 2003, p. 39.

413 V. i Pawlowski, H.-M., 1961, p. 15.

414 Pfersche, E., 1893, *Österreichisches Sachenrecht, I. Bd., Einleitung – Der Besitz*, Wien, p. 81; Sosnitzer, O., 2003, p. 39.

415 Wieling, H., 1980, p. 575; Hartung, F., 2001, p. 42; Bund, E., 2007, p. 69.

416 V. i Pawlowski, H.-M., 1961, pp. 14–15.

417 Heck, P., 1930, p. 488; Hartung, F., 2001, p. 43.

418 Isti argument upotrebljavaju, ali ne protiv posesorne zaštite nego kao kritiku održivo-teorije svojine u savremenim uslovima, na primer, Pawlowski, H.-M., 1961, p. 14;

i sama presumpcija da je držalac vlasnik jer modernim društvenim i ekonomskim uslovima odgovara baš to što se svojina i neposredna državnina sve češće razilaze (tako u mnogim državama samo otprilike polovinu svih stanova, ili još i manje, nastanjuju vlasnici, vozila i druga investiciona dobra sve češće se uzimaju u lizing, zadržava se svojina na brojnim prodajama i predatim stvarima, ili se stvari radi obezbeđenja predaju davaocima kredita).<sup>419</sup> Nije uvek tačna polazna postavka da je lakše dokazati državi nu i smetanje nego svojinu.<sup>420</sup> Teorija svojine, varijanta da se posesornom zaštitom štiti u stvari svojina u nastajanju, nema rešenje za to što zaštititi državnine savesnost držaoca nije uslov, za razliku od održaja.<sup>421</sup>

*Teorije mira, ličnosti, kontinuiteta, i najveće ekonomske koristi* nemaju objašnjenje zašto posesornu zaštitu ne uživa pritežalac kad bi iz njihovih razloga proisticalo suprotno. Teorija svojine svojevremeno, dok se državnina svodila na *corpus + animus domini*, nije imala tu slabost.

### b) Transcendirajuća kritika?

Dakle, razlozi pojedinih teorija imaju kao takvi nedostatke koji ih prate svagda, a ni te ni ostale teorije nisu u stanju da razlozima zaštite koje navode opravdaju pružanje posesorne zaštite u nekim situacijama smetanja, i da ponude objašnjenje za neki model zaštite, ni da ponude posesornoj zaštiti specifičan razlog. Zato ostaje da se još utvrdi da li bi neka dalja pojava, koju do sada nastale teorije nisu koristile, mogla da predstavlja razlog posesorne zaštite, tj. da li ona možda nema one nedostatke koji su svojstveni teorijama podložnim imanentnoj kritici. Ako je takva teorija moguća, njenim postavljanjem ujedno bi se obavila transcendirajuća kritika dosadašnjih teorija.

## VI. ODRŽIVOST TEORIJE ZATEČENE POJAVNE SLIKE PRAVA?

Uprkos nizu već postojećih teorija ima mesta bar za još jednu, koju probno postavljam (A), ne bih li njenu održivost proverio u poređenju sa ostalim teorijama, kako u pogledu tipične situacije smetanja i zaštite, tako i što se tiče netipične (B), kao i njenu adekvatnost modelu relativizovane

Stark, E. W., 1984, p. 205; Sosnitza, O., 2003, p. 38; Opilio, A., 2010, *Liechtensteinisches Sachenrecht (Arbeitskommentar)*, Band II, Art 265 bis 571 SR; Dornbirn, p. II–525.

419 Müller, T., 2010, p. 233.

420 Kralik, W., Besitz und Besitzschutz heute, u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1984, *Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages, Bd. 1, Teil 1, Gutachten*, Wien, p. 17; donekle i Müller, T., 2010, p. 236.

421 Sosnitza, O., 2003, p. 38.

posesorne zaštite u Srbiji (C) i ovdašnjem režimu posesorne zaštite (D), a utvrdio i to da li je njen razlog specifičan za posesornu zaštitu (E).

## A) TEORIJA ZATEČENE POJAVNE SLIKE PRAVA I OBAVEZA

Teorije su već upotrebile razne činioce kao razloge zaštite, ali time nije iscrpljena lista zamislivih razloga zaštite. Elementi koji se kod raznih autora javljaju, nekada i samo u vidu pojedine rečenice,<sup>422</sup> dali bi se nadograditi i tako zaokružiti u još jedno viđenje razloga posesorne zaštite države, koje bi se moglo zvati teorija zaštite zatečene pojavne slike (izgleda, fenotipa) prava i obaveza. Tok misli je sledeći.

- 422 „Posjed sadrži u sebi elementarni, primarni odnos u kome se najjasnije ispoljava neposredno korišćenje predmeta. Upravo takav njegov sadržaj mu daje snagu i vitalnost i zadržava ga uz pravne odnose koji su apstraktni, i koji mogu postojati bez obzira da li je i faktički odnos prisutan. [...] Ukoliko uzmemo u obzir i ovaj aspekt posjeda, čini nam se da će se lakše opravdati njegova zaštita” (Krnet, S., Posjed, u: Krnet, S., 2007, *Odabrane teme privatnog prava (Zbornik radova)*, Sarajevo, str. 122; Krnet, S., 1963, *Uloga i značaj posjeda u našem pravu*, Sarajevo, str. 84). Državina nije ništa drugo do spoljna slika njoj odgovarajućeg materijalnog ovlašćenja, jer držalac se ponaša onako kao kada bi bio ovlašćen (Swoboda, E., 1938, *Der Besitz im neuen tschechoslowakischen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Deutsche Rechtswissenschaft*, 3. Bd., 1. Heft, p. 20, tako i Swoboda, E., 1935, *Die Neugestaltung des Bürgerlichen Rechts*, Brünn i dr., p. 100). „Ko do sada drži, treba i da nadalje sme upotrebljavati; *quieta non movere*” (Kohler, J., 1900, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim, i dr., p. 470). „Postojeće faktično stanje treba da ostane kako jeste, dok se ne dokaže, da tako nije pravo” (Spevec, F. J., 1915, *Pravo posjeda po austrijskom građanskom zakoniku s obzirom na njemački i švajcarski zakonik i na ugarsku osnovu*, Zagreb, str. 1). Opšte je pravilo „da je pravo usmereno na kontinuitet: ko hoće da postigne neku promenu, mora dokazati da raspolaže boljim pravom” (Quantz, T., 2005, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, Berlin, p. 168). Smetanje državine jesu radnje koje su nespojive sa državinom, a takve su one kojima se ujedno dovode u pitanje prava koja držalac vrši (Terré, F., Simler, P., 2002, *Droit civil, Tome 6, Les biens*, Paris, marg. br. 200). „Smetanje državine jesu faktička smetanja vlasti kakve bi kod državine stvari značile povredu svojine, i kakve bi kod državine prava značile povredu drugog prava” (Spielbüchler, K., Von dem Besitze §§ 309–352, u: Rummel, P. (ur.), 2000, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd.*, Wien, p. 494). Posebna podesnost državine kao sredstva da se ovlašćenja učine vidljivim počiva između ostalog na tome da se državina kao pravni pojam umnogome poklapa sa raširenim predpravnim predstavama o raspodeli dobara i poštovanju onoga što je vidljivo tuđa teritorija (Müller, T., 2010, pp. 240–241). Nebitno je za smetanje državine da li je vidljivo ko je taj ko je držalac, jer je dovoljno da smetalac zna da on sam nije držalac (Hedinger, M. P., 1985, p. 44). Da smetanje državine predstavlja nepravo, tj. to se zasniva na opštem pravnom osećaju, odnosno moralnom poretku: pristojan čovek se čuva toga da utiče na tuđu stvar ili da je oduzme (Hedinger, M. P., 1985, pp. 50, 44). Ali, ne kosi se sa opštim pravnim osećajem svako smetanje državine: nema tog ogrčenja kada onaj ko je ovlašćen, a oduzeta mu je stvar, oduzme je protiv volje neovlašćenom, na primer lopovu (Niggli, W. R., 1993, p. 82).

1. Vršenje svakog prava ili obaveze ne ispoljava se kao državina, odnosno svako pravo ili obaveza kada se vrše ne stvaraju neku situaciju faktičke vlasti ili faktičkog stanja. (Čak ni pravo svojine. Na primer, ovlašćenje pripadanja stvari vlasniku, *proprietas*, redovno se ne ispoljava kao državina, osim kao tabularna državina, koja ovde nije od interesa jer se posesorno ne štiti; opet *dominium*, kao upotreba, korišćenje, faktičko raspolaganje, određivanje i promena namene stvari, redovno dobija izraz u državini.) Ali za našu temu je važno što, obrnuto od toga, *svaka državina jeste neka faktička vlast ili faktičko stanje koji predstavljaju „sliku i priliku” nekog prava ili obaveze u stanju vršenja*. Pojmovni je element državnine da ona uvek predstavlja pojavnu sliku (izgled, fenotip, ospoljavanje) nekog prava ili obaveze.<sup>423</sup> Sadržina prava ili obaveze je, dakle, ta koja *preformira* državinu: državina mogu biti *samo* takva faktička vlast i takvo faktičko stanje koji mogu odgovarati sadržini nekog prava ili obaveze.

2. Kao što je državina samo ona faktička vlast ili stanje koji mogu odgovarati nekom pravu ili obavezi, tako je i *smetanje* od kojeg se državina štiti *samo* ono oduzimanje ili uznemiravanje koji bi, u slučaju da postoji držaočevo pravo ili obaveza, predstavljali povredu prava ili obaveze. Tako je *sadržina prava ili obaveze* ta koja *preformira* (ne samo državinu nego) i *smetanje državnine*: smetanje državnine kao radnju nespojivu sa državinom predstavljaju samo one radnje kojima bi se istovremeno dovodilo u pitanje vršenje prava ili obaveza, ako bi pravo ili obaveza u datom slučaju doista postojali.

3. *Pravnu relevantnost i pravnu vrednost* državini daje to što se prava ili obaveze – te *elementarno važne, fundamentalne pravne pojave* – koje se *čulima ne daju opaziti*, ispoljavaju kroz faktičku vlast ili stanje koji se *čulima daju opaziti*, tako da i *povreda* prava i obaveza, tih elementarno važnih a čulima neopazivih pravnih pojava, postaje *čulima opaziva* u vidu smetanja državnine. Doduše, postoje i neka sredstva činjenja vidljivim prava ili obaveza, kao što su registri uglavnom stvarnih prava, i uglavnom na nepokretnostima. Ali je, za razliku od njih, državina (budući da je faktička vlast i stanje) nešto što postoji *na licu mesta* – baš *tamo* gde je stvar s kojom se dolazi u dodir, i nešto što postoji *onda* kada se s njom dolazi u dodir. Državnina je tako *najneposrednija* faktička veza sa samom stvari kao objektom mogućeg prava ili obaveze, i to u obe dimenzije u kojima se dešavaju radnje svakoga ko dolazi u dodir sa stvari – i u prostoru i u vremenu. *Pravni poredak ne bi ni štitio državinu da ona nije sposobna da predstavlja pojavnu sliku mogućeg prava ili obaveze, i da smetanje državnine nije sposobno da predstavlja pojavnu sliku povrede mogućeg prava ili obaveze.*

---

423 Vodinelić, V. V., 2013, str. 393–394.

4. Državina kao pojavna slika mogućeg prava ili obaveze predstavlja neposredno zatečeno, postojeće stanje stvari, a smetanje državine predstavlja protivpravnu promenu tog neposredno zatečenog, postojećeg stanja stvari. Smetanje državine je protivpravno, a državina se posesorno štiti od smetanja zato što se menjanje zatečenog stanja stvari ogrešuje o (ne-pisano) pravno načelo da onaj ko hoće da promeni postojeće stanje, to sme samo ako prethodno dokaže da ima na to pravo, a nije na onom ko je subjekt zatečenog, postojećeg stanja stvari da dokaže da ima pravo na to stanje i na to da to stanje ne bude promenjeno.<sup>424</sup> Iz tog načela izvodi se, u stvari, priznavanje držaocu prava isključenja trećih od uticaja na državinu, koje se povređuje smetanjem državine.<sup>425</sup> Posesorna zaštita državine, a precizno rečeno, zaštita povređenog držaočevog prava na isključenje trećih od uticaja na državinu, jeste, dakle, izraz tog pravnog načela, odnosno pravno sredstvo za njegovu re/afirmaciju kada se ono ne poštuje smetanjem državine.

Nije ključ posesorne zaštićenosti državine u tome da je državina faki-tičnost svojine (i drugih prava), ni u tome da je u najvećem broju slučajeva držalac vlasnik (ili imalac drugog kojeg prava), pa da se državina posesorno štiti zato što je verovatno da i u konkretnom slučaju držalac ima pravo. Na toj u životu većinskoj situaciji podudaranja svojine (ili drugog prava) i državine izgrađene su teorija svojine i varijanta pretpostavljene svojine, a i varijanta povoljnije uloge vlasnika u petitornom procesu takođe polazi od toga da se državina uvek posesorno štiti zbog toga što je držalac u većini slučajeva doista vlasnik, da bi ga poštedela neugodnosti tereta dokazivanja da je tako i u datom slučaju. Teorija zatečene pojavne slike gradi se, međutim, na samoj pojavnoj slici prava ili obaveza kao pravnoj vrednosti zaštićenoj nezavisno od toga da li je stvarno pravno stanje podudarno pojavnoj slici u većini slučajeva i da li je tako u konkretnom slučaju. Doduše, posesorna zaštita je svakako dobrodošla držaocu koji je vlasnik (ili imalac drugog prava ili obaveze na državinu), jer mu olakšava ostvarivanje prava (ili obaveze), ali mu se ona ne pruža zato što je vlasnik (ili imalac drugog prava ili obaveze), nego zato što je držalac – subjekt zatečene pojavne slike prava ili obaveza, zasnivala se ta slika na stvarno postojećem pravu, odnosno obavezi ili ne. Ne štiti se državina od smetanja tek na osnovu toga što u većini slučajeva držalac i jeste titular, nego zato što državina u svakom slučaju predstavlja pojavnu sliku (izgled, fenotip) mogućeg prava i obaveza, jedno zatečeno, postojeće stanje stvari koje se ne sme narušavati

424 O takvom opštem načelu, za švajcarsko pravo vidi Weber, D., 1963, *Das Publizität-sprinzip im schweizerischen Recht der beweglichen Sachen*, Winterthur, pp. 15. i d., za nemačko, Quantz, T., 2005, p. 168.

425 Vodinelić, V. V., 2013, str. 398–403, 405–407.

bez prethodnog dokaza o pravu na takvu promenu, a na koje se atakuje smetanjem državine bez prethodnog dokaza o pravu na promenu zatečenog stanja stvari. Nije izvor posesorne zaštitenosti, kao po navedenim teorijama, eventualna podudarnost ni pretežna verovatnoća da podudarnost postoji i u konkretnom slučaju, nego u onome što nije tek eventualnost i verovatnoća nego je izvesnost, već postojeće – u samoj državini kao neposredno zatečenom, postojećem stanju stvari, pojavnj slici prava ili obaveza. Najkraće, ne štiti se državina posesorno zbog nečega što ona možda jeste u konkretnom slučaju jer je u stanju da najčešće to bude (državina kao vršenje stvarno postojećeg prava ili obaveze), nego se posesorno štiti zbog onoga što ona doista jeste u svakom slučaju – zatečeno, postojeće stanje stvari koje predstavlja pojavnu sliku mogućeg prava ili obaveze, a koje se ne sme menjati bez prethodnog dokaza prava na takvu promenu.

Mada i *teorija kontinuiteta* polazi od postojećeg stanja stvari, ishodište posesorne zaštite državine je u navedenom pravnom načelu, a *ne*, kao po teoriji kontinuiteta, u *ekonomskom interesu* držaoca da mu raspoloživa dobra budu i dalje raspoloživa.

5. Kao pojavna slika prava i obaveza kakva se neposredno zatiče, državina je, istina, *gruba, neprecizna pojavna slika prava ili obaveza*. Često se, na primer, ne može uopšte razdvojiti koje bi pravo ili koja bi obaveza mogli biti posredi u konkretnom slučaju, jer ista državina može da predstavlja pojavnu sliku različitih prava ili obaveza. Ali i takva ima vrednost za pravni poredak, jer koje god pravo ili obaveza bili ti koji bi mogli postojati u konkretnom slučaju (svejedno da li je reč o svojini ili posluži, o zadržanju ili zakupu, o obavezi poslenika ili prevozioca, o obavezi sekvestra ili plodouživaoca itd.), smetanje državine bi bilo nedopušteno jer *promena*, narušavanje zatečene pojavne slike *bilo kojeg prava ili obaveze*, a *ne opstanak te zatečene pojavne slike*, iziskuje po opštem pravnom pravilu *petitornu* legitimaciju, opravdanje. Kao uočljiva faktička vlast ili stanje, državina je redovno dovoljno jasna pojavna slika tuđeg prava ili obaveze i *dovoljan znak i razlog drugima da se ne mešaju*. Ali i onda kada može biti stvar tumačenja čija je državina posredi, odnosno o čijim pravima ili obavezama bi se moglo raditi (uglavnom u raznim slučajevima državine bez faktičke vlasti, tj. tamo gde je državina neko faktičko stanje), redovno već iz samih okolnosti proističe da se ne radi o ničijim stvarima, što je dovoljan razlog za uzdržavanje od promene zatečenog stanja stvari.

Zaštitom pojavne slike prava i obaveza ne bi se, međutim, mogla objasniti posesorna zaštita u onim pravnim porecima gde se ona pruža samo državini čiji je neophodan element *animus domini*, pošto je državina prava takođe pojavna slika prava ili obaveza, a ona se tamo ne štiti.

## B) ODRŽIVOST TEORIJE ZATEČENE POJAVNE SLIKE PRAVA I OBAVEZA U TIPIČNOJ I U ATIPičNOJ SITUACIJI SMETANJA

1. Kao i druge teorije, tako je i teorija pojavne slike prava i obaveza održiva kada se radi o posesornoj zaštiti držaoca u *tipičnoj situaciji smetanja*. Kada se, naime, posesorno štiti od nasilnog i drugačijeg konfliktnog smetanja onaj držalac koji je ujedno imalac prava da to bude, tada zasmetana državina predstavlja *pojavnu sliku stvarno postojećeg prava ili obaveze na državinu*, čija zaštita ne traži posebnu legitimaciju, već samo objašnjenje. Istina, ne postoji nijedan slučaj (ne samo konfliktnog) smetanja državine ovlašćenog držaoca kada bi posesorna zaštita bila jedina moguća zaštita, a da tada ne postoji i petitorna zaštita. Postoje pravni poreci bez posesorne zaštite državine, samo sa petitornom. Ali ne postoje pravni poreci samo sa posesornom zaštitom državine. Da je drugačije, odgovor na pitanje o razlogu bio bi već samim tim dat: pravno je načelo da nijedna povreda prava ne bi trebalo da ostane bez ikakve pravne sankcije, a upravo to bi se dogodilo ako tada ne bi postojala ni posesorna zaštita. Da ne postoji petitorna zaštita, posesorna zaštita zasmetanog držaoca ovlašćenog na državinu predstavljala bi jedinu sudsku sankciju povrede prava, što bi joj već samo po sebi obezbeđivalo legitimitet. A budući da nije tako nego da svuda postoji petitorna zaštita ovlašćenog držaoca, onda posesorna zaštita uz postojeću petitornu, kao brža i jednostavnija od petitorne, *upotpunjuje zaštićenost povređenog prava na državinu*, što ne traži posebno opravdanje, već samo ocenu *celishodnosti*, koja bi mogla biti ovakva. U tipičnom slučaju zaštite, dakle, kada bi zasmetani držalac mogao dobiti i petitornu zaštitu, za objašnjenje stavljanja mu na raspolaganje i posesorne zaštite dovoljna je već i *sama različitost oba tipa zaštite*, a objašnjenje za posesornu zaštitu u tipičnom slučaju smetanja i posesorne zaštite leži u onoj njenoj osobini koju nema petitorna zaštita – kao lakša (zbog ograničenog tereta dokaza i svedenog kataloga prigovora) i brža zaštita ovlašćenog lica, ta zaštita ne može da škodi, može samo da koristi, da *zaštićenost prava samo učini još većom, delotvornijom, a jednostavnijom*.

2. Za razliku od drugih teorija (mira, ličnosti, svojine i dr.), teorija zatečene pojavne slike prava i obaveza nema tegoba da svojim razlogom *opravda* posesornu zaštitu državine u *netipičnom slučaju smetanja*, dakle, u slučaju zaštite onog držaoca koji nije ovlašćen da bude držalac ili koji je smetan bez nasilja i van druge neke situacije sukoba. Jer i smetanje državine *takvog držaoca* predstavlja promenu pojavne slike (izgleda, fenotipa) prava ili obaveza, neposredno zatečenog, postojećeg stanja koje se *podjednako ne sme protivpravno narušavati bez prethodnog dokaza da se na to ima pravo*, bio držalac ovlašćen na državinu ili ne, bio smetan nasilno ili nekonfliktno.

C) PRIMENJIVOST TEORIJE ZATEČENE POJAVNE SLIKE  
PRAVA I OBAVEZA NA APSOLUTNU I  
NA RELATIVIZOVANU POSESORNU ZAŠTITU

Svaki model *relativizovane* posesorne zaštite državine predstavlja probu koju neke teorije nisu u stanju da izdrže (IV.d.2.a).<sup>426</sup> Teorija pojavnne slike prava i obaveza ne kosi se, međutim, sa dopuštenošću *prigovora apsorpcije*.

Da je *smetanje državine pojavna slika neprava, delikta*, a samo državina pojavna slika prava ili obaveze, ne bi ni postojao problem legitimisanja smetaočevog prigovora apsorpcije u posesornoj parnici. Naime, u odnosu na ono što izgleda kao nepravo, neophodno je potpuno isterati na čistac da li jeste ili nije tako kako izgleda: kao što ne može niko biti, recimo, kažnjen zato što postoji izgled, pojavni oblik neprava u njegovoj radnji, nego samo ako se utvrdi da je nepravo doista posredi, tako i smetalac ne bi mogao biti izložen gubitku parnice već na osnovu toga što njegova radnja izgleda kao nepravo. To bi se sprečavalo upravo time što bi, mogavši da se posluži prigovorom apsorpcije, bio pošteđen toga da bude sankcionisan (zabranom ili naredbom) a vršio je pravo koje je pravnosnažno potvrđeno.

Ali stvar je, baš naprotiv, u tome da se ne može reći: državina je pojavna slika prava ili obaveze, a smetanje državine je pojavna slika neprava, delikta. *Radnje smetanja državine ne moraju se pojavno uopšte razlikovati od radnji državine: i one mogu predstavljati pojavnu sliku mogućeg prava ili obaveze*. Naizgled paradoksalno, ali baš u tome leži opravdanost prigovora apsorpcije: pošto i ponašanje smetaoca ima isti izgled, relativizovanje zaštite (dopuštanje prigovora apsorpcije) neophodno je da bi se isteralo na čistac iza koga od njih stvarno stoji imanje prava. *Konkurencija* dveju istih pojavnih slika razrešava se na osnovu jačeg prava na državinu.

D) TEORIJA ZATEČENE POJAVNE SLIKE  
PRAVA I OBAVEZA I REŽIM ZAŠTITE

Zaštitom državine kao postojeće pojavne slike prava i obaveza kao zaštitom neposredno zatečenog postojećeg stanja koje se ne sme narušavati bez prethodnog dokaza prava na to, objašnjiva je i dopuštenost *prigovora manljivosti*, tj. dopuštenost *posesorne samopomoći*: makar i smetalac i zasmetani izvršili iste radnje (uključujući i nasilne), smetalac jeste taj ko je prvi narušio zatečeno, *već postojeće stanje bez prethodnog dokaza prava na to*, a nije onaj ko vrši samopomoć, tj. ko može da se pozove na prigovor manljivosti, taj koji je prvi narušio zatečeno, *već postojeće stanje*. Makar i državina zasmetanog i radnja smetaoca državine imali izgled prava ili

---

426 Str. 33.

obaveze, *konkurencija* među njima rešice se na osnovu toga *ko je prvi promenio zatečeno stanje stvari bez prethodnog dokaza o pravu na to.*

### E) SPECIFIČNOST RAZLOGA

Državina nije jedini slučaj da u pravnom poretku priznatu i zaštićenu vrednost predstavlja već i *sama pojavna slika prava ili obaveze, a ne jedino doista postojeće pravo ili obaveza čija bi to pojavna slika bila ili mogla biti.* Ono što izgleda kao neka pravna pojava izjednačava se nekada u pravnom sistemu po pravnim posledicama sa stvarnom pravnom pojavom, na primer, pogrešan upis u javnom registru može da ima istu pravnu posledicu kao i ispravni upis, prividna punomoć ima isto dejstvo kao i stvarno postojeća punomoć, prividna izjava volje, kao i stvarno data, izjava volje potekla od nenadležnog lica, ako izgleda kao izjava volje nadležnog, proizvodi jednake pravne posledice, nezakonit upis u javnom registru vremenom postaje jednak zakonitom, ko se ponaša kao da ima pravo vremenom ga stiče održajem itd.

I kao ni bilo koja druga teorija, tako ni ova ne nalazi razlog posesorne zaštite državine u nečemu što bi bilo svojstveno samo fenomenu pravne zaštite, a ne i drugim pravnim ustanovama. *Ali kad je reč o pravnoj zaštiti,* ništa od razloga koje navode druge teorije nije specifično za posesornu zaštitu, jer se te vrednosti ostvaruju i drugim zaštitama i drugim pravima a ne samo posesornom zaštitom i pravom na isključenje trećeg od uticaja na državinu. Ako se smatra da je neka teorija o razlogu prihvatljiva samo ako kao razlog posesorne zaštite identifikuje nešto osobeno, što se ne susreće kod petitorne zaštite, tada takav osoben razlog nudi *samo* teorija zaštite pojavne slike prava. Petitorna zaštita nije zaštita pojavne slike nego zaštita samog prava i samo prava, dok je posesorna zaštita samo pojavne slike prava i zaštita nje same, kao zaštita postojećeg faktičkog stanja koje se shodno pravnom načelu ne sme menjati bez prethodnog dokaza o pravu na takvu promenu.

### F) ISHOD

Držeći se kriterijuma za proveru i poređenje teorija o razlogu posesorne zaštite državine (Deo 2, IV),<sup>427</sup> rezultat ispitivanja teorije pojavne slike prava i obaveza izgleda ovako. Potvrđena je mogućnost razloga zaštite koji ona navodi: služi se razlogom koji predstavlja nešto postojeće, a što predstavlja vrednost u pravnom poretku. Potvrđena je održivost njenog objašnjenja i opravdanja ovdašnjeg modela posesorne zaštite državine: ni

427 Str. 21. i d.

ta teorija ne važi za svaki model posesorne zaštite državine, ali odgovara ovdašnjem modelu posesorne zaštite državine, a primenjena na ovdašnji model u stanju je da ovako uređenu zaštitu objasni u tipičnom slučaju smetanja, i da je opravda u atipičnom slučaju smetanja, i ne kosi se sa određujućim elementima ovdašnjeg pravnog režima. Potvrđena je specifičnost tog razloga za posesornu zaštitu državine, pošto petitorna zaštita ne štiti, kao ona, zatečenu pojavnu sliku prava ili obaveza nego sama prava ili obaveze bez obzira na pojavnu sliku.

## VII. UMESTO ZAKLJUČKA: MESTO I ULOGA RAZLOGA

### ZAŠTITE U ŠEMI OSNOVNIH ZAKONODAVČEVIH DILEMA

Na kraju još i reč o tome: kada se zakonodavac bavi pitanjem, odnosno teorijama o razlogu posesorne zaštite državine?, i kakvu bi ulogu razlog zaštite, odnosno teorije o razlogu zaštite mogle igrati u zakonodavčevom poslu i kakav bi uticaj mogle imati na njegov rezultat?

Pravo na državinu i mogućnost vršenja obaveze na državinu<sup>428</sup> jesu nešto što kao takvo pravno mora da se štiti od smetanja državine: svuda postoji petitorna zaštita državine<sup>429</sup> (u stvari, petitorna zaštita prava isključiti treće od uticaja na državinu).<sup>430</sup> Da ta neizostavnost zaštite, koja važi za pravo i obavezu, ne mora, međutim, da važi za pojavnu sliku prava i obaveze, tj. kada se oduzimanjem ili uznemiravanjem državine narušava pojavna slika prava i obaveze,<sup>431</sup> to pokazuju istorija i uporedno pravo u vidu pravnih poredaka koji ne poznaju posesornu zaštitu državine (u stvari, posesornu zaštitu prava isključiti treća lica od uticaja na državinu).<sup>432</sup> Priznati ili dati pravo na državinu i obavezu vršiti državinu a ne propisati

428 O kategorijama pravo na državinu i obaveza na državinu, i njihovom međusobnom odnosu, njihovom ispoljavanju kroz vrste državine (svojinska državina, državina prava, državina obaveze), kao i o tome da pravo biti držalac i obaveza biti držalac nikada ne postoje kao samostalno pravo ili obaveza, već su svagda deo nekog složenog prava ili obaveze, v. Vodinelić, V. V., 2013, str. 397–398.

429 Petitorna zaštita državine, u smislu zaštite koja se od smetanja državine pruža držaocu kao imaocu prava na državinu, dakle, na osnovu toga što ima pravo na državinu, Deo 1, II.a, str. 278. i d.

430 O pravu držaoca da isključi treća lica od uticaja na državinu, Vodinelić, V. V., 2013, str. 398. i d. Da se u posesornom postupku ne štiti, u stvari, državina već pravo držaoca da isključi treće od uticaja na državinu, obrazloženo je u Vodinelić, V. V., 2013, str. 406.

431 O pojavnj slici prava i obaveza, o smetanju državine kao narušavanju pojavnj slike prava i obaveza, i o tome da su sadržinom prava i obaveza preformirane i državina i smetanje državine, v. Deo 2, VI.A.1–4, str. 46–49.

432 Mada pojedini autori tvrde da nijedan pravni poredak ne može bez posesorne zaštite državine, te da ona svuda postoji, i u prošlosti i sada, vidi, međutim, Deo 1, I.B, str.

mogućnost njihove petitorne zaštite, bio bi nonsens pošto se kosi sa pravnom prirodom stvari. Zato i nema pravnih poredaka koji bi bili bez petitorne zaštite kad se smetanjem državnine povređuje pravo na državinu ili obaveza vršenja državnine, niti ima pravnih poredaka koji tada poznaju posesornu zaštitu državnine kao jedinu zaštitu. Ali ne proističe iz prirode stvari, nego je stvar izbora zakonodavca da li će uz petitornu zaštitu pravni poredak poznavati i posesornu.

Osnovno pitanje za zakonodavca (nacionalnog i nadsacionalnog)<sup>433</sup> jeste zato: da li uopšte predvideti posesornu zaštitu, tj. zasmetanog držaoca štiti bez uslova da ima pravo na državinu ili da ima jači osnov za državinu, kad već postoji petitorna zaštita sa takvim uslovima. Ako se zakonodavac opredeli za to, tada je osnovno sledeće pitanje: da li uvesti apsolutnu posesornu zaštitu državnine (posve neosetljivu na jače pravo tuženog, prigovor apsorpcije, i petitornu protivtužbu)<sup>434</sup> ili relativizovanu posesornu zaštitu državnine (sa nekom, nekim ili svim tim mogućnostima da je osujete),<sup>435</sup> za šta je optirao i naš pravni poredak (dopuštajući prigovor apsorpcije).<sup>436</sup>

Da li će se zakonodavac opredeliti za jedan ili za drugi model posesorne zaštite, to ne znači nikakvu razliku za onog držaoca koji je ovlašćen da to bude a nije obavezan da trpi smetanje (i koji kao takav ima pravo isključenja trećih od uticaja na državinu), za držaoca kojem je, dakle, dostupna petitorna zaštita. Jer, takav će držalac u oba modela zaštite moći pravno definitivno da se zaštiti već u posesornom postupku: to zato što tuženi iz posesornog postupka nema tada baš nikakve šanse ni ako bi tužio u potonjoj petitornoj parnici (model apsolutne posesorne zaštite) ni ako bi isticao prigovor jačeg prava, prigovor apsorpcije ili podneo petitornu protivtužbu u posesornoj parnici (model relativizovane posesorne parnice). Zakonodavac će, dakle, uvesti posesornu zaštitu državnine ako hoće da držaocu ovlašćenom da to bude a neobaveznom da trpi smetanje u stvari omogući da se pravno definitivno zaštiti već bržom, jednostavnijom i utoliko efikasnijom posesornom zaštitom, i da uopšte ne mora da poseže za sporijom, složenijom i utoliko neefikasnijom petitornom zaštitom. Za takvog držaoca oba modela posesorne zaštite postižu definitivnu zaštitu putem formalno provizorne zaštite.<sup>437</sup> Drugim rečima, pošto se

276. prim. 2. O vrsti veze između pitanja o potrebi za posesornom zaštitom i pitanja o održivosti teorija o razlogu posesorne zaštite, Deo 2, III.A, str. 15. i d.

433 Kako se vidi i po opredeljenju DCFR-a, knjiga VIII, čl. VIII – 1:205. i d.

434 O apsolutnoj posesornoj zaštiti državnine, Deo 1, II.B.a, str. 280–283.

435 O relativizovanim posesornim zaštitama državnine, Deo 1, II.B.c, str. 284–289.

436 Relativizovanje posesorne zaštite državnine sproveli su kod nas sudovi i literatura, a ne zakonodavac, v. Deo 2, V.E.2.a, str. 34. prim. 387. i 388.

437 Deo 2, V.c, str. 28, V.F, str. 41, VI.B.1, str. 50.

radi o držaocu s pravom da bude držalac, pred zakonodavcem je odluka da li da na taj način upotpuni, proširi zaštićenost njegovog prava na državinu (i prava na isključenje trećih od uticaja na državinu). Sve analizirane teorije, i njihove kombinacije,<sup>438</sup> a i novopostavljena teorija pojavnog slika prava i obaveza,<sup>439</sup> podjednako mogu pretendovati na to da se posesorna zaštićenost držaoca ovlašćenog da to bude a neobaveznog da trpi smetanje legitimise razlogom koji one navode:<sup>440</sup> potrebom zaštite mira i ostvarenja pretendovanog prava sudskim putem, potrebom zaštite ličnosti držaoca koji je imalac prava, potrebom zaštite svojine ili drugog držaočevog prava, potrebom obezbeđivanja kontinuirane raspoloživosti dobara držaocu koji je imalac prava, potrebom ostvarenja najveće ekonomske koristi, potrebom da se zaštiti neposredno zatečena pojava slika postojećeg prava ili obaveze (odnosno, reafirmise smetanjem državnine povređeno pravno načelo da se postojeće stanje ne sme menjati bez prethodnog dokaza prava na promenu). Kada je posesorna zaštita državnine od koristi držaocu ovlašćenom na državinu a neobaveznom da trpi smetanje, svejedno je da li je zakonodavcu bilo dovoljno i samo nešto od toga, ili mu je nekoliko toga ili tek sve to zajedno bilo potrebno da oceni da je celishodno da (uvodeći posesornu uz ionako postojeću petitornu zaštitu prava na državinu i obaveze na državinu, i prava isključenja trećih od uticaja na državinu) podigne nivo efikasnosti zaštićenosti prava i obaveza na državinu. Ako se uvodeći posesornu zaštitu zakonodavac rukovodi slikom zasmetanog držaoca kao držaoca ovlašćenog da ima državinu a neobaveznog da trpi smetanje, tada se teorije o razlogu posesorne zaštite ne isključuju međusobno, nego se sve mogu kumulirati.<sup>441</sup>

Nije verovatno da bi zakonodavac pri odluci da uvede ili ne uvede posesornu zaštitu državnine smetnuo s uma rizik da ta zaštita može biti od koristi i zasmetanom držaocu neovlašćenom da to bude ili obaveznom da trpi smetanje. Zakonodavac će uvesti posesornu zaštitu državnine ako uopšte nađe dovoljno dobar razlog za to da držaocu neovlašćenom da to bude ili obaveznom da trpi smetanje, dakle, držaocu nekvalifikovanom za petitornu zaštitu, pruži zaštitu čak bržu, jednostavniju u pogledu uslova i utoliko efikasniju, mada provizornu, kad takav držalac zaštitu sporiju, zahtevniju u pogledu uslova i utoliko neefikasniju, mada definitivnu, čak i ne može dobiti. Prema tome, potreban mu je dovoljno dobar razlog da posesornu zaštitu pruži držaocu, neovlašćenom da to bude ili obaveznom da trpi smetanje, kojem, dakle, petitorna zaštita nije ni dostupna. A pošto

---

438 Deo 2, II.A. i B, str. 8–15.

439 Deo 2, VI.A, str. 46–49.

440 Deo 2, V.C, str. 28, VI.B.1, str. 50.

441 Deo 2, V.G., str. 42.

posesorna zaštita ne postoji apstraktno, nego uvek i samo kao apsolutna ili kao relativizovana, zakonodavcu je u stvari potreban dobar razlog za izbor jednog od tih modela. Ako zakonodavac optira za model apsolutne posesorne zaštite, znači da je našao razlog koji je dovoljno dobar da opravda to što se zasmetanom držaocu neovlašćenom na državinu ili obaveznom da trpi smetanje neće u posesornom postupku moći isprečiti smetaočevo jače pravo, prigovor apsorpcije, ni petitorna protivtužba, i to što se učinak (po njega povoljne) posesorne odluke može poništiti tek u potonjem petitornom postupku. Ako optira za model relativizovane posesorne zaštite, znači da nije našao razlog koji je dovoljno dobar za to, jer se zasmetanom držaocu neovlašćenom da to bude ili obaveznom da trpi smetanje može već u posesornom postupku uskratiti zaštita zbog smetaočevog prigovora jačeg prava, prigovora apsorpcije ili petitorne protivtužbe.

Kao i u pogledu mnogih drugih rešenja u pravu, tako se i zakonodavčevo opredeljenje za apsolutnu ili relativizovanu posesornu zaštitu zasniva na odmeravanju, odvagavanju suprotstavljenih vrednosti. Da li razlog koji preteže u korist apsolutne posesorne zaštite može biti i jeste isti onaj razlog koji preteže u korist relativizovane posesorne zaštite? Razlog najzastupljenije, teorije mira uopšte ne dolazi u obzir za opravdanje relativizovane zaštite (jer bi ispalo da ostvarenje jedne javnovажne vrednosti kakva je javni mir zavisi od volje pojedinca – hoće li se on, smetalac mašiti za prigovor jačeg prava, prigovor apsorpcije, odnosno petitornu protivtužbu, u kom slučaju ta vrednost neće biti ostvarena). To, međutim, ne bi diskvalifikovalo zaštitu mira kao razlog apsolutne zaštite, jer je u tom modelu zaštita uperena protiv svakog smetaoca koji je narušio mir, a koristi svakom zasmetanom, nezavisno od toga kako stvar stoji s njegovim pravom na državinu, jer se mir narušava svakim smetanjem, bio zasmetani ovlašćen na državinu ili ne. Mir je u modelu apsolutne zaštite, dakle, veća vrednost od prava smetaoca. Isto važi za teoriju ličnosti. Ličnost, odnosno volja držaoca veća je vrednost od prava smetaoca u modelu apsolutne zaštite, ali nije u modelu relativne. Verovatnoća da držalac ima svojinu (ili da ima drugo pravo) u modelu apsolutne zaštite veća je vrednost nego stvarno postojeća svojina (ili stvarno postojeće drugo pravo), ali nije u modelu relativizovane. Držaočev interes kontinuiteta raspolaganja dobrima vredi više u modelu apsolutne zaštite nego stvarno postojeće pravo smetaoca da raspoláže dobrima, ali ne vredi u modelu relativizovane. Interes najveće ekonomske koristi vredi više u modelu apsolutne zaštite nego što vredi pravo smetaoca da ostvaruje ekonomsku korist od stvari, ali ne vredi više u modelu relativizovane. Pojavna slika prava i obaveza (odnosno pravno načelo da se zatečeno stanje ne sme menjati bez prethodnog dokaza prava na to) veća je vrednost u modelu apsolutne zaštite od stvarno postojećeg prava ili obaveze, ali ne i u modelu relativizovane.

Posle dileme – apsolutna ili relativizovana posesorna zaštita, razrešene na osnovu bilo koje od navedenih vrednosti (tj. u skladu sa bilo kojom od teorija) – sledeće osnovno pitanje je: kako konkretno, sa kojim elementima, odnosno kakvim rešenjima ustrojiti izabrani model. Zakonodavac ne može računati na to da je ijedan razlog zaštite takav, odnosno da je ijedna teorija takva da iz nje proističe odgovor na pitanje kako urediti svaki od elemenata konkretnog pravnog režima posesorne zaštite državine (ko ulazi u krug zaštićenih, ne/dopuštenost prigovora manljivosti, ne/dopuštenost samopomoći, uži ili širi pojam smetanja, uži ili širi krug pasivno legitimisanih i dr.). Neki razlozi zaštite povlače za sobom ista rešenja, neki drugi neka drugačija rešenja, a iz nekih razloga zaštite ne proističu baš nikakva opredeljenja. Samo su neki razlozi zaštite, odnosno neke teorije spojive sa pojedinim elementima konkretnog režima bio posredi model apsolutne ili model relativizovane posesorne zaštite državine (sa dopuštenošću prigovora manljivosti, sa mogućnošću samopomoći, sa vrstom postupka, sa vrstom neštićene državine, sa neštićenjem pritežaoaca, sa krugom pasivno legitimisanih),<sup>442</sup> dok prema nekim drugim elementima režima ne proističe baš nikakav stav odatle šta god od navedenog da se smatra razlogom posesorne zaštite (nego je stvar ocene celishodnosti, što važi za mogućnost privremene mere u petitorskom postupku, za vrstu i dužinu roka).<sup>443</sup>

Kada zakonodavac reši sve izložene dileme na mestima gde razlog posesorne zaštite može da ima svoju težinu, tada je na pravno-političkoj analizi da argumentovano stane uz zakonodavčevo rešenje, ili da mu predlaže izmene unutar izabranog modela, ili da predloži zamenu izabranog drugim modelom, ili da predloži potpuno napuštanje posesorne zaštite državine, uz odgovarajuće izmene režima petitorske zaštite.

S obzirom na to da je razlog (osnov, cilj, funkcija) posesorne zaštite, odnosno da su teorije o tom razlogu kako sredstvo za razumevanje, objašnjavanje i opravdavanje posesorne zaštite državine *de lege lata*, tako i za njeno ocenjivanje i unapređivanje ili pak ukidanje *de lege ferenda*, nije realno očekivati da se rasprava o razlogu (osnovu, cilju, funkciji) posesorne zaštite državine umiri ili čak upokoji (iako naglašavanje od strane nekih autora da je njen intenzitet smanjen izgleda kao objavljivanje kraja rasprave).<sup>444</sup> To što je ona danas uglavnom manje intenzivna nego u XIX veku, nije zato što bi to bio deo nekog trenda ka umirenju i upokojenju teme, nego zato što je rasprava svojim dugim trajanjem pružila moguć-

442 Deo 2, V.E.b.1, 3. i d., str. 35. i d.

443 Deo 2, V.E.b. 2. i 4, str. 35, 36 i d.

444 Gavella, N., 1990, str. 105: „Svakako se može konstatirati da je diskusija o razlozima zaštite posjeda danas uglavnom jenjala”.

nosti da se većina onoga što se može reći već kaže. Ali to nije približilo divergentne stavove. Razlog posesorne zaštite državine, odnosno stav o njemu imaće i dalje obezbeđeno mesto i vrednost unutar izložene šeme zakonodavčevih dilema u pogledu posesorne zaštite državine. Razume se da i pravna dogmatika mora voditi računa o razlogu posesorne zaštite u pogledu svih osnovnih pitanja o kojima se zakonodavac opredelio (ili u racionalnom postupanju morao opredeliti), a da je i sudskoj praksi razlog posesorne zaštite državine važan kao argument pri tumačenju ili popunjavanju pravnih praznina. Zaokreti u sudskoj praksi, a ne samo promene zakonodavnog rešenja u pogledu nekog elementa pravnog režima, uvek iznova obnavljaju značaj razloga posesorne zaštite kao argumenta. U svemu tome biće manje rasipanja energije a racionalnijeg utroška vremena ako se budu poštovala metodaška pravila za korektnu raspravu, čemu je i ovaj rad nastojao da doprinese.<sup>445</sup>

## LITERATURA

1. Aicher, J., 1975, *Das Eigentum als subjektives Recht (Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts)*, Berlin.
2. Amend, A., 2001, Aktuelles und historisches zur richterlichen Anerkennung des possessorischen Besitzschutzes (BGH NJW 1999, 425), *Juristische Schulung*, 2.
3. Bartoš, M., s.a., *Tabaci Stvarnog prava*, s.l.
4. Baudry-Lacantinerie, G., Tissier, A., 1905, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, Paris.
5. Baur, F., Baur, J. F., Stürner, R., 1999, *Sachenrecht*, München.
6. Beghini, R., 2002, *Le azioni a difesa del possesso*, Padova.
7. Bell, A., Parchomovsky, G., 2005, A Theory of Property, *Cornell Law Review*, 50.
8. Berden, A., 1979, *Lastnina (Temeljni pojmi)*, Ljubljana.
9. 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.
10. Bund, E., Besitz, u: Gursky, K-H. (ur.), 2007, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854–882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, München.
11. Bürge, A., 1999, *Römisches Privatrecht (Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung)*, Darmstadt.
12. Carbonnier, J., 1980, *Droit civil, t. 3, Les biens*, Paris.
13. Čelić, D. M., 2011, Poreklo i osnov samostalne zaštite državine, *Pravna riječ (Časopis za pravnu teoriju i praksu)*, 28.

445 Pre svega, postavljanjem sistema merila za proveru održivosti teorija o razlogu posesorne zaštite državine, Deo 2, IV, str. 21. i d.

14. Čelić, D. M., 2008, *Pojam i zaštita državine*, Priština – Kosovska Mitrovica.
15. Čelić, D. M., 1995, *Pojam državine i njena zaštita*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini*, X.
16. Demelius, E., 1900, *Grundriß des Sachenrechts*, Leipzig.
17. Dernburg, H., 1902, *Pandekten, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Sachenrecht*, Berlin.
18. Dross, W., 2006, *La fonction ambiguë de l'action possessoire*, *Repertoire Notarial Deffrénois*.
19. Dorđević, A., 1903, *Sistem privatnoga (građanskoga) prava Kraljevine Srbije u vezi s međunarodnim privatnim pravom, Posebni deo, Knj. 2: Imovinsko pravo, 1. razdeo: Stvarno pravo, I. sveska: Državina*, Beograd.
20. Ehrenzweig, A., 1957, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Bd., 2. Hälfte, Das Sachenrecht*, Wien.
21. Eichler, H., 1957, *Institutionen des Sachenrechts (Ein Lehrbuch), 2. Bd., 1. Halbbd., Eigentum und Besitz*, Berlin.
22. Finžgar, A., 1972, *Stvarno pravo, stvari, zemljišna knjiga, posest*.
23. Füller, J. T., 2006, *Eigenständiges Sachenrecht*, Tübingen.
24. Galgano, F., 1992, *Diritto privato*, Padova.
25. Gams, A., 1959, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd.
26. Gams, A., 1946, *Stvarno pravo*, Beograd.
27. Gavella, N., 1990, *Posjed stvari i prava*, Zagreb.
28. Gordley, J., Mattei, U., 1996, *Protecting Possession*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44.
29. Grimm, D., *Die sociologischen Grundlagen des römischen Besitzrechts*, u: 1934, *Studi in onore di Salvatore Riccobono (nel XL anno del suo insegnamento)*, Vol. IV, Palermo.
30. Guinchard, S., Ferrand, F., 2006, *Procédure civile (Droit interne et droit communautaire)*, Paris.
31. Gursky, K.-H., *Der Besitzschutz*, u: Westermann, H., Westermann, H. P., Gursky, K.-H., Eickmann, D., 2011, *Sachenrecht*, Heidelberg.
32. Hartung, F., 2001, *Besitz und Sachherrschaft*, Berlin.
33. Heck, P., 1930, *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen.
34. Hedinger, M. P., 1985, *System des Besitzrechtes*, Bern.
35. Hinderling, H., *Der Besitz*, u: Gutzwiller, M. i dr. (ur.), 1977, *Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 1. Halbbd.*, Basel i dr.
36. Jesensky, A. F., Protić, P. J., 1922, *Privatno pravo u Vojvodini*, Sombor.
37. Jhering, R. von, 1893, *Der Besitz*, *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 32.
38. Jhering, R., 1871, *Geist des römischen Rechts (auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung)*, 3. Teil, 1. Abteilung, Leipzig.
39. Jhering, R., 1869, *Über den Grund des Besitzschutzes (Eine Revision der Lehre vom Besitz)*, Jena.
40. Jhering, R., 1868, *Beiträge zur Lehre vom Besitz*, *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 9.

41. Joost, D., Besitz, u: Gaier, R. (ur.), 2009, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz*, München.
42. Jovanović, M. P., 1925, *Državina. Njena zaštita i održaj (Kritički pregled doktrine da državina nije nikakvo pravo)*, Beograd.
43. Kant, I., 1797, *Die Metaphysik der Sitten*, u: Königlich preußische Akademie der Wissenschaften (ur.), 1907, *Kant's gesammelte Schriften*, Berlin.
44. Kaser, M., 1971, *Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht*, München.
45. Kaser, M., Hackl, K., 1996, *Das römische Zivilprozessrecht*, München.
46. Kaser, M., Knütel, R., 2003, *Römisches Privatrecht*, München.
47. Kelsen, H., 1960, *Reine Rechtslehre*, Wien.
48. Kodek, G. E., 2002, *Die Besitzstörung: materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes*, Wien.
49. Kohler, J., 1900, *Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Mannheim i dr.
50. Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M., 2006, *Stvarno pravo*, Niš.
51. Koziol, H., Welsch, R., Kletečka, A., 2006, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien.
52. Kralik, W., Besitz und Besitzschutz heute, u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1984, *Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages, Bd. 1, Teil 1, Gutachten*, Wien.
53. Krneta, S., Posjed, u: Krneta S., 2007, *Odabrane teme privatnog prava (Zbornik radova)*, Sarajevo.
54. Krneta, S., 1963, *Uloga i značaj posjeda u našem pravu*, Sarajevo.
55. Lachout, J., Der Besitz – Begriff, Bedeutung und Schutz im geltenden Recht, u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, Bd. II, 1. Teil, II. *Diskussionsbeiträge*, Wien.
56. Lazarević, D., 2002, *Državina (pojam, oblici i zaštita)*, Beograd.
57. Legradić, R., 1957, *Teorija stvarnog prava i stvarno pravo FNJR*, Skopje.
58. Lipp, M., 1997, Besitz und Besitzschutz im Bürgerlichen Recht, *Juristische Schulung*, 8.
59. 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.
60. Marković, L., 1927, *Gradansko pravo, 1. knj., Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd.
61. Mazeaud, H., L. i J., Juglart, M. de, 1976, *Leçons de droit civil, tome II/2, Biens*, Paris.
62. Medić, D., 2011, Neki aspekti državine u pravu Republike Srpske (pojam, funkcije, koncepcija, oblici, subjekti i objekti), u: *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 11.
63. Meier, I., *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht*, Zürich, 1983.
64. Milošević, M., 2002, *Prilog raspravi povodom pripreme Predloga o izmenama Zakona o parničnom postupku*, <http://www.sudije.rs/files/file/pdf/Predlog%20izmena%20ZZP%20koreferat.pdf>.
65. Mühl, O., Besitz, §§ 854 bis 872, u: Mühl, O. (ur.), 1990, *Bürgerliches Gesetzbuch (mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen), Bd. 6, Sachenrecht (§§ 854 bis 1296), WEG, Erbbau VO, SchiffsG*, Stuttgart i dr.

66. Müller, H., 1956, Können die besonderen Bestimmungen für das Verfahren wegen Besitzstörungen aus der Zivilprozeßordnung ausgeschieden werden?, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 5.
67. Müller, T., 2010, *Besitzschutz in Europa (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft)*, Tübingen.
68. Niggli, W. R., 1993, *Der Besitz – ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, Basel.
69. Opilio, A., 2010, *Liechtensteinisches Sachenrecht (Arbeitskommentar)*, Band II, Art 265 bis 571 SR, Dornbirn.
70. Pawlowski, H.-M., 1961, *Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht*, Göttingen.
71. Perić, Ž. M., 1922, *Specijalni deo Građanskoga Prava, I, Stvarno pravo*, Beograd.
72. Pfeifer, R., Besitz, u: Schlegelberger, F. (ur.), 1929, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Bd. II, Berlin.
73. Pfersche, E., 1893, *Österreichisches Sachenrecht, I. Bd., Einleitung – Der Besitz*, Wien.
74. Piškulić, Z., Đerđ, I., 1924, *Osnovi privatnoga prava u Vojvodini*, Beograd.
75. Popov, D., 2002, *Pojam i vrste državine*, Novi Sad.
76. Portmann, R., 1997, *Der Besitzschutz des schweizerischen Zivigesetzbuchs (mit Kurzdarstellung des Besitzschutzverfahrens nach der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern)*, Entlebuch.
77. Quantz, T., 2005, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, Berlin.
78. Randa, A., 1865, *Der Besitz nach österreichischem Recht (mit Berücksichtigung des Gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches)*, Leipzig.
79. Rudorff, 1831, Ueber den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 7.
80. Savigny, F. C. von, 1967, *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Darmstadt, 7. izd.
81. Schubert, W., 1092, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Sachenrecht, Teil 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum*, Berlin.
82. Seidl, E., 1963, *Römisches Privatrecht*, Köln i dr.
83. Simonetti, P., Predgovor, u: Eterović, A., 1989, *Smetanje posjeda (u sudskoj praksi)*, Sarajevo.
84. Sosnitza, O., 2003, *Besitz und Besitzschutz (Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht)*, Tübingen.
85. Spaić, V., 1971, *Građansko pravo (Opšti dio i Stvarno pravo)*, Sarajevo.
86. Spevec, F. J., 1915, *Pravo posjeda po austrijskom građanskom zakoniku s obzirom na njemački i švajcarski zakonik i na ugarsku osnovu*, Zagreb.
87. Spielbüchler, K., Von dem Besitze §§ 309–352, u: Rummel, P. (ur.), 2000, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd.*, Wien.
88. Stahl, F. J., 1854, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Bd., 1. Abteilung, Heidelberg.
89. Stanković, O. u: Stanković, O., Orlić, M., 1999, *Stvarno pravo*, Beograd.
90. 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.

91. Stojanović, D. D., 1998, *Stvarno pravo*, Beograd.
92. Stojanović, D. D. u: Stojanović, D. D., Pop-Georgiev, D., 1980, *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd.
93. Subić, M., Pravo na državinu nepokretnosti kroz sudsku praksu, u: Subić, M., 2005, *Zakon i sudska primena zakona (Zbornik radova)*, Beograd.
94. Swoboda, E., 1938, Der Besitz im neuen tschechoslowakischen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 3. Bd., 1. Heft.
95. Swoboda, E., 1935, *Die Neugestaltung des Bürgerlichen Rechts*, Brünn i dr.
96. Terré, F., Simler, P., 1998, *Droit civil, tome 6, Les biens*, Paris.
97. Thibaut, A. F., 1823, *System des Pandekten-Rechts*, Bd. I, Jena.
98. Tratnik, M., Posest, u: Berden, A. i dr., 2002, *Novo stvarno pravo*, Ljubljana.
99. 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.
100. Viate, J., 1977, La protection possessoire et la réintégrandé, *Revue des loyers et des fermage*.
101. Vodinelić, V. V., Šta se štiti u posesornom postupku? (O pojmu i prirodi državine (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.
102. Vodinelić, V. V., 2012, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo*, Beograd.
103. Voirin, P., Goubeaux, G., 2009, *Droit civil, Tome 1, Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris.
104. Vukčević, V. P., 1974, *Smetanje poseda*, Beli Manastir.
105. Vuković, M., 1950, *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb.
106. Weber, D., 1963, *Das Publizitätsprinzip im schweizerischen Recht der beweglichen Sachen*, Winterthur.
107. Wegan, J., Besitz und Besitzschutz heute, u: Wegan, J. i dr. (ur.), 1964, *Besitz und Besitzschutz heute, Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages Wien 1964, Bd. II, 1. Teil, II. Diskussionsbeiträge*, Wien.
108. Westermann, H., 1960, *Sachenrecht (Ein Lehrbuch)*, Karlsruhe.
109. Wieling, H., Grund und Umfang des Besitzschutzes, u: Harder, M. et al. (ur.), 1980, *De iustitia et iure, Festgabe für U. v. Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin.
110. Wieling, H. J., 2006, *Sachenrecht, Bd. 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin.
111. Wieser, E., 1970, Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB, *Juristische Schulung*.
112. Wilhelm, J., 1993, *Sachenrecht*, Berlin.
113. Wolff, M., Raiser, L., 1957, *Sachenrecht*, Tübingen.

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

Part 2. THE REASON FOR JUDICIAL PROTECTION OF MERE  
POSSESSION

Vladimir V. Vodinelić

SUMMARY

There are as many as five theories on the reasons for possessory protection of mere possession, some have existed for centuries, some with variations, some combined with others: the theory of peace, of personality, of property, of continuity, of the biggest economic benefit. The differences in direction, as well as the duration of discussion, to some extent also brought about differences in method. That is why the author, before presenting his own position on the issue, deals with the very question of the question on the reasons for possessory protection. To make the discussion rational, the authors should agree on a meta-level on what they believe to be necessary for a theory to be feasible: that its reasons are founded in something considered a social value; that it is applicable to all cases of infringement of possession or that it is enough that the theory applies to typical cases; that it applies to all models of possessory protection or it is enough that it suits only one of the models; that the reasons the theory employs are something specific to possessory protection or even without that. The author lists the following criteria for acceptability of theories. 1. The reason given by the theory has to be something existing as a social value. 2. The reason the theory employs has to correspond to both typical situations of infringement of possession (when an unauthorised person infringes on the possessor who has the right to be a possessor and does not have an obligation to endure the infringement, i.e. when the person infringes by force, coercion and other means in conflict with the possessor), as well as atypical situations (when the person authorised for possession infringes on an unauthorised possessor, i.e. when a person infringes on a possessor without there being a conflict between them). 3. As possessory protection does not exist *in abstracto*, but only in the form of a concrete model, it is sufficient that the theory suits the current model of possessory protection. This because there is significant difference between the model of relative possessory protection (when protection is excluded by an objection of better right to possession, objection *petitorium absorbet possessorium* and the possibility of a petitory counterclaim, or by one of these actions) and the model of absolute possessory protection (in which none of the above is permitted). 4. As possessory protection of possession

is a specific type of legal protection, precedence should be on the side of the theory founded in something specific only to possessory protection of possession and not to petitory protection. When those criteria are applied, the result is: that all analysed theories are based on a reason representing a social value; that all can explain possessory protection of possession in typical cases of infringement of possession; that none of them can justify possessory protection in atypical cases; that none of the theories suit all models of possessory protection; that the reasons underlying none of them is in anything specific only to possessory protection; that none of the theories are able to endure some other aspects of immanent criticism. Finally, the author achieves the transcending criticism of theories by setting the theory of protection of the found manifestation of rights and obligations, which reads as follows. Every mere possession is a factual power or a factual state which represent the “incarnation” of a right or an obligation; and the infringement from which the possession is protected is only such dispossession or interference of possession which would, in the case of possessor’s right and obligation, present a breach of the right or obligation. Thus, the content of the right or obligation preforms both the possession and the infringement of possession. Legal relevance and legal value of possession is provided by the fact that rights and obligations – these elementary important, fundamental legal phenomena – which can not be perceived by the senses, are manifested through factual power or conditions which can be perceived by the senses, so that the violation of rights and obligations, those elementary important and unperceivable legal phenomena, also become perceivable by the senses in the forms of infringement of possession. Possession is different from other legal manifestations of rights (including registers) in the fact that it is the most immediate factual relationship with the very thing which is the object of a possible right or obligation because only it exists on the spot – in the very place where the thing in which one comes in contact is located and at the time when one comes in contact with it. Possession as a manifestation of the possible right and obligation, thus, represents the state of affairs which is immediately found. Infringement of possession is the change of that immediately found state of affairs and it is unlawful because the change in the found state of affairs which is a manifestation of the possible right and obligation infringes the (unwritten) legal principle that the one who wishes to alter the found condition can do that only if one previously proves that one has the right to that, and it is not on the one who is the subject of the found state of affairs to prove that one has the right to that state of affairs and the right for that state of affairs not to be altered. In comparison to other theories, this one can sustain the verification in the form of immanent criticism. 1. The reason which it provides is a social value. 2. The need for protection of the found manifestation of rights and obligations

can explain possessory protection in typical cases of infringement of possession. But it can, unlike other theories, justify possessory protection of the possessor which is not authorised to be a possessor and whose possession was not infringed by force nor in any kind of conflict between the possessor and the infringer: his/her protection is also legitimate because the infringement of possession of such possessor also represents a change in the manifestation of rights and obligations, the immediate found state of affairs which equally cannot be unlawfully violated without a previous proof of a right to do so, whether the possessor is authorised to possession or not, whether the infringement was violent or without a conflict. 3. The theory of protection of the found manifestation of right, unlike some others, suits the model of possessory protection of possession relativized in Serbia by the objection *petitorium absorbet possessorium*: as the conduct of a person who infringes possession has the same manifestation as possession, the relativizing of possession (allowing the objection of absorption) is necessary to make clear who really has the right; competition between two identical manifestations is resolved on the basis of the better right to possess. 4. Its reason is specific for possessory protection of possession, which is not the case with other theories: petitory protection is not a protection of the manifestation of the right and only of the right, while possessory protection actually is the protection only of the manifestation of right and the protection of it alone. Finally, the author demonstrates the place and the role of the reason for possessory protection of possession and the theory on that reason in the course of regulation of possessory protection of possession by the legislator.

**Key words:** theories on the reason (basis, aim, function) of possessory protection of possession, conditions for rational discussion, measures for evaluation of theories, immanent and transcendent criticism, theory of found manifestation of rights and obligations, place and role of reasons for possessory protection in legislative regulation of possessory protection.

Dostavljeno Redakciji: 4. juna 2014. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 17. juna 2014. god.