

Др Александра Г. Павићевић, асистент
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
aravicevic@jura.kg.ac.rs

РЕТЕНЦИЈА У СРПСКОМ ПРАВУ И У НАЦРТУ ОКВИРНИХ ПРАВИЛА У ОБЛАСТИ ПРИВАТНОГ ПРАВА*

Сажетак: Применом ујореднојравног и аксиолошког метода, аутор у раду разматра питање сврсисходности ретенције (права задржавања); њен појам и правну природу; оптималне услове за заснивање у савременом домаћем и ујоредном праву; садржину; дејство и начине пресанка овог специфичног грађанскојравног институција. Циљу рада чини компаративна анализа кључних сегмената регулативе ретенције у позитивном српском праву, као и у оквиру два нацрта планираног будућег права Републике Србије и у модел-правилу о ретенцији из Нацрта оквирних правила у области приватног права – Draft Common Frame of Reference (DCFR) из 2008. Аутор у раду оцењује да ретенција треба да постоји и у будућем грађанском праву Србије, јер има широк охват – општедруштвено, материјалнојравно и процесно. Рад садржи и образложени предлог будуће регулативе ретенције, као и оцену њене усклађености са правом Европске уније. Аутор закључује да је смер даље еволуције ретенције у европском праву заједнички, а то је признавање све шире садржине и јаче дејства институција, у циљу што ефикасније заштите интереса ретинената.

Кључне речи: реално обезбеђење појављивања; право задржавања и намерења; самозащитија.

* Рад је презентован на Међународној научној конференцији Правна традиција и нови правни изазови, одржаној 03. и 04.10.2019. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Ретенција представља особени вид заштите права у дужничко-поверилачком односу, настао задирањем законодавца у однос *inter partes*, кроз давање могућности повериоцу да успостави и један стварноправни однос са дужником, са примарном сврхом обезбеђења потраживања. Правна конструкција, у којој се: без одобрења сме задржати ствар, као део туђе имовинске сфере, а у циљу заштите сопствене, значи одступање од бројних начела грађанског права, што овај институт чини контроверзним.

Наиме, ретенција представља вид самосталног, неинституционалног остваривања и заштите права мимо суда, те јој прети „опасност од претварања у неправо“,¹ тј. у вид „приватне казне“.² Она представља грубо задирање у имовинске интересе дужника против његове воље, чиме се повређује начело аутономије воље странака у грађанскоправном односу. Њоме се *ex lege* поверилац доводи у супериорнији положај у односу на дужника, противно начелу координације воља грађанскоправних субјеката. Питања која се намећу су бројна, а кључна су: да ли постоји потреба за ретенцијом у савременом праву? Који су оптимални услови за њено заснивање? Какво је дејство, правна природа и које је адекватно место за ретенцију међу другим институтима домаћег правног система *de lege ferenda*?³

Анализом позитивног права Србије, доктрине и судске праксе; а затим и текста два нацрта предложеног будућег права Републике Србије, покушаћемо да у раду формулишемо што адекватнији одговор на претходно постављена питања. Кључни циљ нашег истраживања је оцена српског решења *de lege lata* и процена усклађености предложене будуће регулативе ретенције са тзв. „меким“ правом Европске уније.⁴ Стварноправна правила ЕУ засад имају форму нацрта и представљају модел са којим државе чланице с временом треба да усклађују своја национална решења. У *Soft law*⁵ спада и *Нацрт оквирних правила у обласи приватног права – Draft Common Frame*

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

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

³ Александра Павићевић, *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, 2016, 4-6.

⁴ Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом (ССП), Република Србија је преузела и обавезу да своје национално право хармонизује са правним тековинама Европске Уније (чл. 72, ст. 1 ССП).

⁵ О појму *Soft law*-а вид. Душанка Ђурђев, „*Soft law* у европском комунитарном праву“, у: Драгиша Дракић (ур.), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. XLVII, 1/2013, 104 и даље.

of Reference (DCFR) из 2008.,⁶ као основ за планирани настанак Европског грађанског законика. Овај правно необавезујући документ значајан је јер садржи дефиниције, принципе и модел-правила будућег европског приватног права,⁷ па и регулативу ретенције. Коначно, упоредна анализа регулативе ретенције је још значајнија због процеса кодификације грађанског права Србије који је у току, а у раду ће бити приказана кроз кључне сегменте овог института у домаћој регулативи и у DCFR-у.

2. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА РЕТЕНЦИЈЕ У СРПСКОМ ПРАВУ И У DCFR-У

1. У домаћем праву ретенција (*право задржавања*) је нормирана у Закону о облигационим односима (ЗОО),⁸ у глави III у којој су регулисана повериочева права и дејства дужникових обавеза. Иако је нормирана међу институтима облигационог права, чињеница да је ретенција право на ствари, засновано на њеној физичкој апрехензији; са сврхом реалног обезбеђења потраживања; са правним дејством ширим од дејства *inter partes*, указује на претежно стварноправну природу овог института. Међутим, ретенцији недостаје један значајан елемент стварних права – право следовања,⁹ због чега можемо оценити да је ретенција „најслабије стварно право“. С обзиром на то да је домаћи законодавац пропустио да у овој норми дефинише појам ретенције¹⁰, кроз прецизно одређивање њеног вишег родног појма и врсне разлике, ово питање остаје спорно, те даје повода различитим интерпретацијама у домаћој доктрини.

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

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

⁸ „Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је док му не буде исплаћено потраживање“. Чл. 286 Закона о облигационим односима Републике Србије, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Службени лист СРЈ“, бр. 31/1993; „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003. У даљем тексту ЗОО.

⁹ О правној природи ретенције вид. А., Павићевић, 2016, 432-468.

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

Овакво решење се притом, понавља и у тексту Нацрта Грађанског законика Србије,¹¹ док у предлогу Нацрта законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011.¹² дефиниција ретенције постоји, што сматрамо адекватнијим решењем. Практични значај законског дефинисања је у бољем разумевању института, а правно-теоријски у откривању заједничких карактеристика ретенције у различитим регулативама. На тај начин може се потенцијално открити тзв. *common core* („заједничко језгро“)¹³ појма европске ретенције *de lege ferenda*.

2. За разлику од српског права, решење DCFR-а садржи по нашој оцени, готово идеалну дефиницију ретенције, тј. „*права на задржавање њоседа*“ (*Right of retention of possession*).¹⁴ У дефиницији је најпре прецизиран виши родни појам ретенције – њена правна природа, а то је: *акцесорно* право, које служи обезбеђењу потраживања, као главног права. Даље, ретенција је уже одређена као *стварно* право *реално* обезбеђења *појраживања* и то *државинско* *карактера*. Ипак, особеност његовог правног дејства је у својеврсном: „*појачавању*, до дејства правих *iura in re aliena*“. У дефиницији је садржана и врсна разлика, коју чине специфични елементи, који ретенцију издвајају од сличних права реалног обезбеђења потраживања. Ти елементи су: 1) основ настанка – уговор или закон; 2) предмет – дужникова покретна ствар;¹⁵ 3) садржина;¹⁶ и 4) субјекат (физичко или правно лице).

3. УСЛОВИ ЗА ЗАСНИВАЊЕ РЕТЕНЦИЈЕ

3.1. Услови за заснивање ретенције у српском праву

Општи услови за настанак ретенције, по општем правилу, у домаћем праву су кумулативно: потраживање, ствар и државина ствари, уз постојање воље титулара (субјективни услов).¹⁷

¹¹ Друга књига: Облигациони односи, глава VI, одељак 3. „Право задржавања“, чл. 477 – 480 Нацрта Грађанског законика Републике Србије, <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 10. јул 2019. У даљем тексту: Нацрт ГЗС.

¹² Чл. 522 Нацрта законика о својини и другим стварним правима Републике Србије из 2011, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, 10. јул 2019.

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

¹⁴ DCFR, Subsection 4, IX. – 2:114.

¹⁵ Ретенција је регулисана у глави IX DCFR-а, под насловом: Proprietary security rights in movable assets (уз залогу и право задржане својине).

¹⁶ У дефиницији је наведено само овлашћење задржавања, а намирење у посебној одредби DCFR-а.

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

1. *Појтраживање као услов.* Законом експлицитно предвиђени услови које потраживање мора да испуни су: *јосіџојање, јуноважност, досіелост* и *одређеност*, уз *јујуживост* потраживања, као општеприхваћени услов у доктрини.¹⁸ Ретенција без потраживања не постоји и нема никакву сврху,¹⁹ те *јосіџојање јуноважног јојтраживања* представља нужан предуслов њеног настанка.²⁰ Доспелост²¹ потраживања је потребна јер означава време стицања права на принудно остварење потраживања путем суда, а сходно томе и права на приватноправну санкцију.²² *Одређеност јојтраживања* је део начела специјалитета свих права обезбеђења, па и ретенције. Међутим, у циљу заштите правне сигурности, било би корисно будућим решењем изричито увести у законску формулацију и квалитет *довољне одређености* или бар *одредивости* ретенцијом обезбеђеног потраживања. Овакав тренд следи текст Нацрта из 2011,²³ што сматрамо знатном предношћу у односу на решење Нацрта ГЗС,²⁴ којим је дословно преузето постојеће решење ретенције из ЗОО, без прецизирања појединих (обавезних) квалитета потраживања.

2. *Сівар (објекат ретенције) као услов.* Ретенција представља особено (реално) *јраво на сівари*, која је у поседу ретинента.²⁵ Чак и они аутори²⁶ који ретенцији оспоравају стварноправну природу редукујући је на „просту суспензију обавезе испоруке“, признају да ретенција црпи своју снагу и оправдање управо из материјалне ствари, као објекта. Власник задржане ствари је дужник ретинента-повериоца из облигационог односа, у коме је настало потраживање поводом чијег обезбеђења се врши ретенција. Дакле, објекат ретенције је *дужникова ствар*,²⁷ а будући да се примењује аналогија

¹⁸ Душко Медић, *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука 2013, 172.

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

²⁰ Јован Гуцња, „Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима“, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 11/1979, 21.

²¹ Jelena Čuveljak, „Pravo zadržanja (ius retentionis)“, *Pravo i porezi*, br. 6/09, 43. Изузетак је само тзв. ретенција у нужди.

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

²³ Чл. 522 Нацрта из 2011. год. „Право задржања је законом одређено право повериоца (задржалац) да дужникову ствар, односно хартију од вредности која је у његовој државини задржи док му се одређено или одредиво доспело потраживање не намири и да, осим ако је ствар непокретна, то потраживање намири из њене вредности пошто о намери намирења благовремено обавести дужника“.

²⁴ Чл. 477 став 1 Нацрта ГЗС и чл. 286 ЗОО

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

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

²⁷ Чл. 286 ст. 1 ЗОО.

са залогом (као стварним правом на туђој ствари), сматра се да ни ретенција не може бити заснована на својој ствари, већ само на туђој.²⁸

Покрејне ствари представљају у пракси најчешћи, најлакши и најпогоднији објекат за задржавање и то како у сфери грађанског, тако и трговачког промета. Стилизација законске одредбе у домаћем праву је следећа: „Поверилац у чијим се рукама налази нека дужникова *ствар* има право да је задржи...“. Проблематично је то што неки аутори из ове законске конструкције не изводе само закључак о дозвољености ретенције на покретним стварима, као онима које се по правилу „имају у рукама“, већ и обрнуто: закључак о неподобности непокретних ствари за задржавање, будући да се оне „немају у рукама“.²⁹ За разлику од неуједначених схватања правних писаца о могућности ретенције непокретности, подобност покретних ствари за задржавање је општеприхваћени став доктрине.³⁰

Ипак, постоји неколико категорија покретних ствари које апсолутно не могу бити објекат ретенције и то: ван правног промета³¹; несамосталне и будуће. Даље, постоји и категорија покретних ствари које могу бити објекат ретенције, али тек уз испуњење одређених допунских услова и то су: генеричке ствари (нарочито новац), хартије од вредности; потрошне и заменљиве ствари; као и одвојени плодови претходно ретиниране ствари. Коначно, у домаћем праву³² подела ствари на *проценљиве* и *непроценљиве*³³ има суштинску важност за квалификацију једне ствари као прикладног објекта ретенције.

За разлику од неких страних решења (попут швајцарског)³⁴, која експлицитно дозвољавају само ретенцију покретних ствари и хартија од вредности, остале регулативе, па и домаћа, наводе као објекат ретенције: „неку дужникову (дакле, *било коју, њим. аути.*) ствар“. Стога, чини се да нема сметњи да се и *непокретности* уврсте у могуће објекте ретенције. Барем је ово закључак већег броја домаћих аутора,³⁵ који су се бавили овом пробле-

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

²⁹ Употребљену законску терминологију не треба схватити буквално, јер се и непокретности могу имати у непосредној државини.

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

³¹ Fritz Korn (Корн), *Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1881, 34; Nikola Gavella et al, *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, 53; Martin Vedriš, Petar Klarić, *Грађанско право*, Zagreb 2004, 417; Vesna Bilbija, „Законско право залогe и ретенције у српском праву“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-5/2011, 94.

³² Чл. 287 ст. 2 ЗОО.

³³ Нина Планојевић, *Стварно право у пракси*, Крагујевац 2012, 10.

³⁴ Чл. 895 Швајцарског грађанског законика.

³⁵ Станиша Пауновић, *Право задржавања – ретенције (Ius retentionis)*, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008, 65.

матиком. Међутим, судска пракса³⁶ и неколико супротних ставова у доктрини упућују и на супротан закључак, као могућ.³⁷

Трећи став доктрине о могућности ретенције непокретности,³⁸ представља компромисно решење између две крајности, па се допуштеним сматра – само задржавање непокретности, у циљу вршења притиска на неуредног дужника, али не и намирење продајом такве ретиниране ствари³⁹. Међутим, оваква интерпретација закона је у литератури сведена на ниво констатације, а потом преузета од стране више домаћих аутора.⁴⁰ Сматрамо да је на месту став изнет у доктрини⁴¹ да оно што се овде заправо појављује као спорно јесте питање могућности аналогне примене правила о (првенственом) намирењу *заложног повериоца* на намирење продајом задржаване непокретности.

Када је у питању домаће право *de lege ferenda*, домаћи Нацрти садрже различите предлоге за регулативу ретенције. Нацртом ГЗС је поновљено решење ЗОО, које као објекат ретенције укључује сваку „ствар“, дакле и непокретну. Сматрамо да ово решење, због изложене ситуације код нас, не би решило постојеће недоумице у тумачењу овакве формулације, због чега га не можемо оценити као најбоље могуће. Са друге стране, Нацртом из 2011. предложено је језички прецизније правило.⁴² У њему су предмет задржања све ствари, а предмет уновчења су само покретне ствари и хартије од вредности, док су *непокретности експлицитно искључене*.

³⁶ Пресуда Врховног суда Југославије, Гз. 7169 од 5. Марта 1970., Збирка судских одлука, књ. XV, св. 2, одл. бр. 157; Пресуда Окружног суда у Ваљевоу, Гж. 1619/2003 од 5. 12. 2003. године, ParagrafLex.

³⁷ Ови аутори истичу да за непокретности важи специфичан правни режим, те да је сметња и законски предуслов да се ретинирана ствар може изложити продаји и то према правилима о продаји заложене ствари. Dragoljub Stojanović, Komentar zakona o obligacionim odnosima, Књига 1, Крагујевац 1980, 811; Слободан Перовић, Коментар закона о облигационим односима, Београд 1995, 671. Детаљно о контрааргументацији овог става вид. А. Павићевић, 2016, 221-231.

³⁸ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, Стварно право, Београд 1999, 262-263.

³⁹ Намирење ретинента из вредности задржаване непокретности свакако је могуће у смислу општег правила облигационог права, тј. као саставног дела дужникове имовинске масе.

⁴⁰ Лексикон грађанског права, Београд 1996, 167; Радмило Лоренц, Право задржавања (Ius retentionis), докторска дисертација, Београд 1966, 53-54; Radmila Kovačević-Kuštrimović, Miroslav Lazić, Stvarno pravo, Ниш 2009, 246; Ilija Babić, Ugovor o ugostiteljskoj ostavi, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Сарајево 1985, 264; Ivan Kaladić, „Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora“, Pravo i porezi, br.8/2000, 24; Zlatan Stipković, „Pravo retenције i neki slični instituti“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br. 3/1972, 287; Stojan Cigoj, Obligacije, Ljubljana 1976, 1026.

⁴¹ Драгор Хибер, Милош Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања, Правни факултет у Београду, 2015, 169-170.

⁴² Чл. 522 ст. 1 Нацрта из 2011. год.

Најадекватније решење за будуће српско право, по нашој оцени је изричито навођење непокретности као дозвољеног објекта ретенције, а могуће га је садржински двојако регулисати: искључиво као задржавање непокретности или као задржавање и намирење. Други и мање радикалан приступ значио би само прецизирање постојеће законске формулације ЗОО, по којој би дозвољени објекат ретенције (са истом садржином) могла бити: *нека њо-крејна или њо-крејна ствар*. Овакав прецизан језички израз отклонио би недоумице у доктрини и пракси; објекат ретенције био би шири, а ово решење би уједно значило потврду домаће правне традиције, која постоји од 1978., када је донет ЗОО.

3. *Државина ствари као услов*. Идеја задржавања неке ствари, претпоставља претходно држање⁴³ исте. Домаћи законодавац чак захтева „држање такве ствари у рукама“.⁴⁴ Према решењу ЗОО⁴⁵ у једном случају ретенција ће бити искључена и то ако је ствар „*изацла из државине дужника њо-крејно ње-говој вољи*“. У домаћој доктрини је општеприхваћено схватање да је један од основних услова за настанак ретенције – *њо-средна државина ретинента*, а овакав закључак се изводи из законске формулације овог услова као: држање ствари „у рукама“. Ипак, ЗОО заправо не користи термин држалац (што је терминологија ЗОСПО за лице које има фактичку власт на ствари, уз природну државинску вољу), већ – *њо-верилац који држи ствар у рукама*. Сматрамо да ову нејасну формулацију ЗОО треба *de lege ferenda* изменити у: *држалац ствари*, а други део формулације из ЗОО – „у рукама“ брисати, јер је у питању преуско одређење.

3.2. Услови за заснивање ретенције у DCFR-у

За настанак ретенције опште правило DCFR-а је следеће⁴⁶: 1) обезбеђени поверилац мора бити овлашћен на ретенцију против власника задржане ствари (свог дужника)⁴⁷; 2) мора да постоји телесна ствар и то покретна, као објекат реалног обезбеђења; 3) право на ствари мора бити у правном промету; 4) мора постојати пуноважно потраживање, као предмет обезбеђења; и 5) допунски услови.⁴⁸ Ретенција је дакле, једно од државинских права обезбеђења, које фактичком влашћу на ретинираној ствари реализује публицитет и дејство према трећима. Ипак, захтев за поседом је ублажен чињеницом да државина ретинента може бити и посредна.

⁴³ Чл. 70 и 71 Закона о основама својинско-правних односа (ЗОСПО), „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. Гласник РС“, бр. 115/2005 – др. закон.

⁴⁴ Чл. 286 ЗОО.

⁴⁵ Чл. 287 ЗОО.

⁴⁶ DCFR, IX. – 2:102.

⁴⁷ С. Von Bar et al., 5447.

⁴⁸ DCFR, X. – 2:104.

4. САДРЖИНА РЕТЕНЦИЈЕ У СРПСКОМ ПРАВУ И У DCFR-У

У домаћем праву садржина ретенције је одређена кроз два основна овлашћења ретинента и то су: задржавање дужникове ствари и одбијање дужниковог захтева за њен повраћај, као и намирење из вредности ствари, након обавештења дужника о томе.⁴⁹

Са друге стране, садржина ретенције у DCFR-у је регулисана знатно прецизније, кроз детаљно истицање свих овлашћења и обавеза странака у овом грађанскоправном односу.⁵⁰ Међу *правима обезбеђеног повериоца* тако се наводе: право на посед⁵¹; на одбијање издавања ствари на захтев власника до намирења обезбеђеног потраживања⁵²; право ретинента на присвајање одвојених цивилних плодова од оптерећене ствари (ново и значајно овлашћење); право намирења из вредности остварене продајом ствари; право првенства (испред свих реално обезбеђених поверилаца); и право располагања (главним правом, уз које се преноси и акцесорно), што је корисно прецизирање, јер је реч о доктринарно спорном овлашћењу. Титулар овог права обезбеђења нема право употребе ствари, осим изузетно, у случају и у мери у којој је употреба неопходна ради њеног очувања и исправности.

Међу *обавезама овлашћеног лица* истичу се: одржавање идентитета оптерећене ствари; чување са појачаним степеном пажње; одржавање; *обавеза* на државинску заштиту (што је значајна новина); давање информација обавезном лицу о износу обезбеђеног потраживања и покривености износа реалном гаранцијом; и обавештење власника ствари – дужника, да ће титулар реалне гаранције приступити реализацији свог права – њеном продајом. Са друге стране, *овлашћења и обавезе власника* оптерећене ствари су корелативне наведеним обавезама и овлашћењима ретинента.

5. ДЕЈСТВО РЕТЕНЦИЈЕ У СРПСКОМ ПРАВУ И У DCFR-У

1. Нацртом ГЗС је питање дејства ретенције регулисано на идентичан начин као у ЗОО, у погледу: садржине,⁵³ као и недовољно јасног дејства ре-

⁴⁹ Чл. 286-289 ЗОО.

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

⁵¹ О праву на посед ретинента видети у: Harry Westermann (Вестерман), *Sachenrecht*, Karlsruhe 1960, 139; Julius Staudinger (Штаудингер), Karl Heinz Gursky (Гурски), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht, BGB, III §§ 985-1011, 2012, 171.

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

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

тенције на покретним и непокретним стварима; и систематике – регулисање у облигационом делу законика. Нацртом из 2011.⁵⁴ је проблематика дејства ретенције разрађенија, те је у дефиницију укључено и овлашћење намирења. Однос два овлашћења која чине садржину ретенције, а којима се реализује њен ефекат, прецизније су одређена. Експлицитно је регулисано и стицање ретенције од невласника,⁵⁵ што у позитивном праву представља правну празнину. Предност овог решења, по нашој оцени је и систематика Нацрта, којом је ретенција у домаћем праву, по први пут, недвосмислено означена као особено реално право обезбеђења потраживања, међу сродним институтима – *iura in re aliena*.

2. И према DCFR-у ретенција дејствује и према трећим лицима, омогућавајући уз задржавање дужникове ствари и првенствено намирење, чиме се: „*класично право задржавања уздиже до правне реалне гаранције*“.⁵⁶ Време стицања права одређује редослед намирења реално обезбеђених поверилаца⁵⁷. Ипак, у овом тексту⁵⁸ ретенција је квалификована као једна од *суперпривилегија* („*superpriority*“), која овлашћеном лицу обезбеђује првенство чак и пред раније насталим правима реалног обезбеђења.⁵⁹ На овај начин, ретенција превазилази временски принцип рангирања стварних права (*prior tempore potior iure*) и узрокује „померање“ редоследа намирења поверилаца на истој ствари. Реч је о средству обезбеђења које је (по правилу) законског порекла (као и законско заложно право), те је објашњиво да зато има приоритет.

Овакво решење представља врхунац еволуције права ретенције, јер као таква она постаје супротстављива сваком лицу, те условљава првенствено намирење ретинента (трговца и нетрговца)⁶⁰, реметећи редослед намирења осталих реално обезбеђених (а утолико пре и хирограферних) поверилаца.

6. ПРЕСТАНАК РЕТЕНЦИЈЕ У СРПСКОМ ПРАВУ И У DCFR-У

Начини престанка ретенције према DCFR-у претежно су усклађени са општеприхваћеним начинима престанка овог права и у српском решењу, те их нећемо засебно приказивати у раду. Конкретно, у DCFR-у се следећим

⁵⁴ Чл. 522 ст. 1 Нацрта.

⁵⁵ Чл. 524 Нацрта.

⁵⁶ C. Von Bar et al., 5447.

⁵⁷ DCFR, Chapter 4, IX. – 4:101.

⁵⁸ DCFR, IX. – 4:107.

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

⁶⁰ IX.–2:107 DCFR. W., Faber, 27-36.

редоследом наводе начини гашења ретенције:⁶¹ споразумно; ако се обезбеђени поверилац одрекне права обезбеђења – добровољним повраћајем оптерећене ствари власнику (свом дужнику); ако оптерећено добро пропадне; ако обезбеђени поверилац постане власник оптерећене ствари (консолидација); ако власник оптерећене ствари постане треће лице – неоптерећено ранијим реалним теретима конституисаним на ствари (попут стицања својине по правилима о стицању од невластника); и конфузијом.

7. ЗАКЉУЧАК

Досадашња генеза ретенције указује на континуитет опште идеје заштите правичности и еквиваленције узајамних давања странака, што је најопштији *ratio* овог института, почев од римског права, па до модерног концепта. Можемо закључити да је историја ретенције емпиријска потврда сврсисходности и реалне потребе за постојањем овог института. Ретенција је право обезбеђења *sui generis*, које нема свој пандан, због чега логично, заслужује посебно место и у домаћем систему грађанског права.

Разлог материјалноправне природе који оправдава њено институционализовање је чињеница да је ретенција врста реалних права обезбеђења потраживања, која последњих деценија доживљавају експанзију и на националном и на наднационалном нивоу. Други разлог има општедруштвени аспект – а то је повраћај нарушене равнотеже у правни однос, у виду изузетка од забране самовласног вршења права, под изричито предвиђеним законским условима (заштита права кроз дозвољену самопомоћ, а не самовлашће)⁶². Трећи разлог је значај ретенције и у процесном смислу, кроз рационализацију времена и трошкова, што је у складу са начелом процесне економије.

Потврда чињенице да је изабрани правно-политички курс домаћег законодавца према овом праву адекватан, јесте и регулатива DCFR-а. Смер даље еволуције ретенције у европском праву је заједнички, а то је признавање све шире садржине института, у циљу што свеобухватније и ефикасније заштите интереса ретинента. Очигледна је тенденција у Европи – ојачање ретенције на свим пољима: богатијом садржином; једноставнијим и малобројнијим условима заснивања; ширењем круга субјеката; и приоритетом у намирењу. Дакле, циљ није сузбијање ретенције, већ што лакша и шира примена, што сматрамо „правцем будућности“ у еволуцији овог института.

⁶¹ DCFR, Chapter 6, IX. – 6:101.

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

Домаћа позитивна регулатива ретенције, као и предлог будуће, у значајној мери је усклађена са решењем DCFR-а, изузев два сегмента – посредне државине ретенента и једне врсте објекта ретенције – непокретности. Осим тога, могуће је и пожељно, домаће решење прецизирати и допунити појединим решењима образложеним у раду. Коначно, предложеном регулативом ретенције *de lege ferenda*, по узору на модел DCFR-а, би се покренуло и важно питање потенцијалног редефинисања *numerus clausus-a* домаћих стварних права.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Ilija Babić, *Ugovor o ugostiteljskoj ostavi*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Sarajevo 1985.
- Paolo Basso, *Il diritto di ritenzione*, Milano, 2010.
- Massimo C. Bianca, *Diritto civile*, Milano 2012.
- Andrej Berden, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana 2004.
- Vesna Bilbija, „Zakonsko pravo zaloge i retencije u srpskom pravu“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 4-5/2011.
- Anton Breuer, *Das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Bonn 1904.
- Martin Vedriš, Petar Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb 2004.
- Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Zagreb 1978.
- Max Volmer, *Unterschied des kaufmännisches Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes*, Inaugural-Dissertation, Berlin 1895.
- Nikola Gavella et al., *Stvarno pravo*, Zagreb 1998.
- Јован Гуцуња, „Услови за вршење права задржавања према Закону о облигационим односима“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 11/1979.
- Душанка Ђурђевић, „Soft law у европском комунитарном праву“, у: Драгиша Дракић (ур.), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. XLVII, 1/2013.
- Ivan Kaladić, „Pravo zadržanja u okviru zakupa poslovnog prostora“, *Pravo i porezi*, br.8/2000.
- Heinrich Klang, *Kommentar zum ABGB*, I-2, Wien 1930.
- Tomaž Keresteš, *Stvarnopravna zavarovanja*, Maribor 2001.
- Radmila Kovačević-Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2009.
- Fritz Korn, *Das Kaufmännische Retentionsrecht nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch*, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1881.
- Лексикон грађанског њрава*, Београд 1996.
- Радмило Лоренц, *Право задржавања (Ius retentionis)*, докторска дисертација, Београд 1966.
- Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Les sûretés. La publicité foncière*, 1995-1996.
- Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil, Tome III, Les sûretés la publicité foncière*, Paris 1971.

- Душко Медић, *Право обезбеђења и оштраживања*, Бања Лука 2013.
- Dušan Nikolić, „Ujednačavanje stvarnog prava (Putevi i stranputice)“, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2003, 297-316.
- Karl Oftinger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1952.
- Александра Павићевић, *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, 2016.
- Aleksandra Pavićević, „Pojam retencije u domaćem i uporednom pravu“, *Pravni život*, knj. 576, br. 10/2015.
- Aleksandra Pavicevic, Visnja Randjelovic, „When does the self-protection end and autocracy begin?“ У: Mojanoski, Cane T. (ed.), *International Scientific Conference, Researching Security – Approaches, Concepts and Policies*, vol. 25, Faculty of Security, Skopje 2015.
- Станиша Пауновић, „Право задржавања – ретенције (Ius retentionis)“, *Sudska praksa*, god. XXVII, 2008.
- Слободан Перовић, *Коментар закона о облигационим односима*, Београд 1995.
- Silvija Petrić, *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Split 2004.
- Нина Планојевић, *Сиварно право у пракси*, Крагујевац 2012.
- Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Београд 1999.
- Zlatan Stipković, „Pravo retencije i neki slični instituti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god. XXII – br. 3/1972.
- Julius Staudinger, Karl Heinz Gursky, J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht*, BGB, III §§ 985-1011, 2012.
- Dragoljub Stojanović, *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga 1, 1980.
- Christian Scappel, „Le droit de rétention en droit positif“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981/3.
- Peter Tuor, Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1979.
- Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење и оштраживања*, Правни факултет у Београду, 2015.
- Nicole Catala-Franjou, „De la nature juridique du droit de rétention“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1967.
- Stojan Cigoj, *Obligacije*, Ljubljana 1976.
- Jelena Čuveljak, „Pravo zadržanja (ius retentionis)“, *Pravo i porezi*, br. 6/09.
- Harry Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe 1960.
- Principles, Definitions and Model Rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Christian von Bar *et al.*, 2009, http://www.transformation.pl/wp-content/uploads/2012/12/european-private-law_en.pdf, 10. јул 2019.
- Wolfgang Faber, „Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to BOOK IX, DCFR“, *Juridica International, Law Review*, No. 2, 2014, 20. јул 2019.
- Wolfgang Faber, Brigitta Lurger, *National reports on the Transfer of Movables in Europe*, 2011, <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/333729536.pdf>, 20. јул 2019.

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

Правна база података *ParagrafLex*, судска пракса у електронској форми.

Закон о облигационим односима Републике Србије, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Службени лист СРЈ“, бр. 31/1993; „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003.

Закон о основама својинско-правних односа, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. Гласник РС“, бр. 115/2005 – др. закон.

Нацрт Грађанског законика Републике Србије, <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 10. јул 2019.

Нацрт законика о својини и другим стварним правима Републике Србије из 2011, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, 10. јул 2019.

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

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

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

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

Датум пријема рада: 24.10.2019.

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