

**Јелена БРКИЋ, мастер
асистент Факултета за европске правно-политичке студије,
Универзитет Сингидунум**

ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА РЕТЕНЦИЈЕ У НАШЕМ ПРАВУ

Резиме

Право ретенције се у нашем праву јавља као стипално присутиан инстипиуити. Одредбе о ius retentionis срећемо у грађанским и тиріовачким законницима који су се примењивали на тиритиорији наше државе, али ни у важећој реіулативи развој класичних и увођење нових средстипава обезбеђења иотипраживања ово право не чине сувишним. Такође и у Нацртиу Законика о својини и друћим стипварним правима и Преднацртиу Грађанскоі законика Реіублике Србије, чије је усвајање најављено, право ретенције налази своје местипо. Кроз истипоријски иприказ домаћих ипројиса који уређују ову форму обезбеђења, можемо закључитипи да је оно присутино у различитипим иранама нашеі иправноі систипема. Управо ита чињеница се надовезује на ироблемаитипику неіове иравне иприроде. Да ли је право ретенције стипварно или облиіационо право, стипална је дилема иравне итеорије. Иако за многе ова дискусија и данас остипаје стипорна, ми ћемо иприхваитипитипи двојну иприроду ius retentionis у нашем праву, јер је реч о инстипиуитипу који у свим облицима исипољава и стипварне и облиіационе каракитиперистипике. Мишљења смо да је итакво одређење у складу и са неіовом сврхом, која не би била остипварена када би исипољавао само неке од итих елеменатипа, а коју ће задржитипи и по реіулативи de lege ferenda.

Кључне речи: *ius retentionis, иојам, иравна иприрода, стипварно иправо, облиіационо иправо.*

I Уводне напомене

Право ретенције¹ је овлашћење повериоца да задржи дужникову ствар док му потраживање не буде намирено, а у развијенијим облицима даје му се и право да своје потраживање оствари продајом предмета осигурања.² У свом развоју, нормирано од стране римског претора па до модерног законодавца, право задржавања је нашло своје теоријско оправдање и практичну корисност.

Присутност овог института у нашем праву и у предратном и у важећем законодавству, потврђује његову оправданост како са етичког становишта и идеје правичности, тако и са економског аспекта и остварења циља ефикасне наплате потраживања. О њему говоре и грађански законици који су важили на подручју наше државе, Српски грађански законик из 1844. године³ и Аустријски грађански законик из 1811. године⁴, а чије су одредбе у виду правних правила примењиване и после 1946. године на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.⁵ Право ретенције су у овом периоду предвиђали и прописи из меничног права, адвокатуре, као и закони из области трговачког права. У позитивном праву, опште правило о праву ретенције је предвиђено у Закону о облигационим односима⁶, док Закон о основама својинскоправних односа⁷, Закон о меници⁸ и Закон о чеку⁹ регулишу посебне случајеве

1 „У правној терминологији употребљавају се, сем израза право ретенције, још и ови називи, „право задржавања“, „право задржања“ и „право придржаја.“ Смисао назива је у томе да ово право може имати само онај поверилац који дужникову ствар има у рукама.“ Миодраг Орлић, Обрен Станковић, *Сиварно право*, Београд, 1996., стр. 260. За означавање овог појма у тексту, аутор ће користити темине „право ретенције“, „право задржавања“, „право задржања“ и „право придржаја“ као синониме.

2 Силвија Петрић, *Институцији права ретенције у хрватском и ујоредном праву*, Сплит, 2004, стр. 15.

3 *Грађански законик Краљевине Србије (Збирка Закона)*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1934, у даљем тексту: СГЗ.

4 *Аустријски грађански законик*, превео др Драгољуб Аранђеловић, Београд 1921., у даљем тексту: АГЗ.

5 Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 86/46, 105/46, 96/47), у даљем тексту: Закон о неважности.

6 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), у даљем тексту: ЗОО.

7 Закон о основама својинскоправних односа (*Службени листи СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Службени листи СРЈ*, бр. 29/96), у даљем тексту: ЗОСПО.

8 Закон о меници (*Службени листи СРЈ*, бр. 46/96).

9 Закон о чеку (*Службени листи СРЈ*, бр. 46/96).

права ретенције. Такође у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима¹⁰ и Преднацрту Грађанског законика Републике Србије¹¹, право ретенције налази своје место.

Одређивање правне природе је најсложенији правни проблем везан за институт ретенције. Да ли је право ретенције стварно или облигационо право, стална је дилема наше правне теорије. И поред различитих гледишта, међу теоретичарима преовлађује заједнички став да је правна природа права ретенције спорна, јер је у питању институт који испољава и облигационоправне и стварноправне карактеристике. При томе не треба занемарити ни чињеницу да досадашњи законски прописи нису дефинисали његову правну природу, што је у Нацрту учињено па се „право задржавања“ сврстава у право залог.¹² Због теоријског и практичног значаја које ово питање има, аутор ће у раду, служећи се историјским и догматским методом, настојати да одреди правну категорију *ius retentionis* у нашем праву, односно да подвуче границу која ово право сврстава у стварно или облигационо. У том циљу објаснићемо и појам овог института, анализирајући прописе који су се примењивали на подручју наше државе, регулативу *de lege lata* и *de lege ferenda*.

II Појам права ретенције у нашем праву по прописима до доношења ЗОО-а

У овом периоду право ретенције се одређује као овлашћење повериоца да задржи извесну ствар у својој фактичкој власти и да је не враћа сопственику све док не буде био намирен у својој тражбини.¹³ Таква дефиниција је узрокована правилима којима је овај институт био регулисан у грађанском праву, а по којима је поверилац, ако дужник не испуни свој дуг, могао једино да задржи дужникову ствар у својој државини, без овлашћења намирења из њене вредности. У бившем СГЗ право задржавања се признаје савесном купцу ствари, све док му сопственик не надокнади трошкове које је имао око ње.¹⁴ За разлику од римског

10 *Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд 2007, у даљем тексту: Нацрт.

11 Влада Републике Србије – Комисија за израду Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, *Друга књига: Облигациони односи*, Београд, 2009., доступно на адреси: www.mpravde.gov.rs, 1. марта 2011. године.

12 Чл. 453 ст. 4.

13 Милан Бартош, *Основи приватног права*, Београд, 1961, стр. 128.

14 Пар. 220 ст. 2 СГЗ: „А ако је купац покретну ствар прибавио од лица и на начин, по коме се он није могао посумњати о поштењу продавца, онда као савестан купац дужан је ствар, но само тако повратити, ако би му сопственик накнадио оно што је за њу дао и на њу потрошио.“

права, ово право није имао сваки савесни држалац¹⁵, а из формулације текста, произилази да се ово овлашћење могло вршити само ако су у питању покретне ствари.¹⁶ С обзиром на недовољну прецизност текста, сматрамо да под право ретенције у СГЗ, не треба подводити оне одредбе, где се оно јавља као једно од овлашћења у оквиру неког ширег права, као што је залога. Због тога, не бисмо се сложили са мишљењем неких аутора¹⁷ да параграф 817 по коме „ухваћена у штети животиња остаје у залози за накнаду...“, треба сматрати посебним случајем права задржавања, већ ћемо следити став оних писаца који ову ситуацију сматрају законском залогом.¹⁸ Право ретенције у СГЗ није било начелно нормирано, већ се могло вршити у законом прописаним случајевима као овлашћење задржавања туђе ствари. У новелираном тексту АГЗ, право ретенције је регулисано на општи начин.¹⁹ Ова правила су у нашем правном систему, нашла своју примену и у послератном периоду на основу Закона о неважности. Право задржавања је било регулисано и Законом о адвокатури²⁰, као право адвоката да намири учињене трошкове и доспеле награде из готовине странке, под условом да између њих нешто друго није уговорено.

Што се тиче трговачког права ретенције, у овом периоду оно је нашло примену на основу правних правила предратних трговачких законика – Трговачког закона који је важио у Хрватској и Славонији и као

15 Лазар Марковић, *Грађанско право*, Београд, 1929, стр. 320–321; Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1955, стр. 199. У нашој теорији постоји и супротан став по коме ово право треба признати свим савесним држаоцима, као и савесним купцима, в.: М. Бартош, *нав. дело*, стр. 128; Лазар Урошевић, *Кријичке ситуације из области права*, Београд, 1926, стр. 195.

16 „То што приписује § 220 за покретне ствари, то изгледа не вреди и за непокретне ствари, према општем пропису § 204.“ Л. Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са крајким објашњењима*, Београд, 1921, стр. 128.

17 А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1968, стр. 193.

18 Радмило Лоренц, *Право задржања*, Београд, 1966, стр. 25; Михаило Константиновић, *Облигационо право – општи део*, Београд, 1952, стр. 143; Чедомир Рајачић, *Стварно право, групе и типове део-предавања*, Загреб, 1956, стр. 304.

19 Трећа новела из 1916. године: „Ко је обавезан да изда једну ствар, може је задржати као обезбеђење за своје приспеле тражбине због трошкова учињених за ствар или због штете коју му је ствар проузроковала, с тим дејством да може бити осуђен на повраћај само кад му се плати оно што он потражује.“ Да би се вршило право задржавања било је потребно да је повериочево потраживање доспело и утуживо и да поверилац има одређену дужникову ствар у својој државини. Иако је ово правило у тексту нашло место под насловом „заложно право на покретним стварима“, преовлађује став по коме оно није ограничено само на покретне ствари него се односи на све ствари, значи и на непокретности, в.: М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 263; Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 54; С. Петрић, *нав. дело*, стр. 114.

20 Закон о адвокатури (*Службени лист ФНРЈ*, 1957), чл. 46. Ове одредбе су изгубиле важност доношењем Општег закона о адвокатури и другој правној помоћи (*Службени лист СФРЈ*, бр. 15/70).

законски чланак XXXVII у Војводини и Међумурју, Трговачког закона за Босну и Херцеговину и аустријског Општег трговинског законика, који је важио у Словенији и Далмацији.²¹ За разлику од ретенције грађанског права, у трговачком праву овај институт није био само средство притиска на дужника, већ и средство намирења потраживања једнако као и залога, али уз услов подизања тужбе и исхођења извршног наслова.²² Ретинент-трговац²³ могао је право задржавања да врши ради наплате доспелог потраживања, насталог из трговачког посла са дужником, без потребе конекситета.²⁴ Може се приметити да су решења трговачког права у регулисању права ретенције била савремена и прилагођена потребама пословног промета. Ипак трговачка ретенција има ужу област примене него грађанска у погледу субјеката, јер обе стране морају бити трговци и у погледу објекта, пошто могу бити задржане само покретне ствари и хартије од вредности.²⁵

За право ретенције овог периода, значајан је и Закон о меници.²⁶ Приликом регулисања ретенције меничног права, законодавац је прихватио решења која су постојала у трговачким законима. Према Закону о меници ималац менице има право придржаја на покретним стварима, новцу и хартијама од вредности меничног дужника који су законитим путем дошли у његове руке и са којима може располагати, али и право намирења из истих, јер се прописује да „право придржаја има исто дејство као и право залог“. Тиме се право ретенције меничног повериоца изједначава са заложним правом у погледу правних дејстава, али је ретинентово право намирења, за разлику од права заложног повериоца у привредном праву, условљено писменим пристанком дужника и постојањем правоснажне пресуде.

III Појам права ретенције у нашем праву по регулативи *de lege lata* и *de lege ferenda*

У важећем праву, право ретенције је у виду општег правила регулисано у ЗОО и састоји се из два овлашћења: овлашћења повериоца

21 Владимир Капор, Зоран Антонијевић, *Привредно право – Послови робној промету*, Београд, 1961, стр. 57.

22 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 27.

23 О томе Михаило Вуковић, „Право трговачке ретенције“, *Споменица Мауровићу – ирилози посвећени Ивану Мауровићу*, Београд, 1934, стр. 227.

24 В.: Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 70–87; Драгољуб Стојановић, *Сиварно право*, Београд, 1968, стр. 184; В. Капор, З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 56; Златан Стипковић, „Право ретенције и неки слични институти“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, бр. 3/72, стр. 289.

25 Д. Стојановић, *нав. дело*, стр. 184.

26 Закон о меници (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 104/46), чл. 87–89.

да задржи дужникову ствар и овлашћења намирења потраживања из вредности задржане ствари.²⁷ Ретенција се дефинише као право повериоца да за своје доспело потраживање задржи дужникову ствар која му се нашла у рукама и да се, пошто благовремено обавести дужника о својој намери, наплати из вредности задржане ствари.²⁸ Ова решења су јединствена за привредно и грађанско право, за разлику од ранијих прописа, и омогућавају сваком ретиненту право намирења. Да би поверилац могао да се служи овим правом потребно је да је његово потраживање доспело, утуживо и да се ствар налази у његовој непосредној државини, под условом да није изашла из дужникове државине против његове воље и да је поверилац није добио на посуду и чување.²⁹ Према заступљеном ставу у нашој теорији³⁰, предмет права ретенције могу бити и покретне ствари и непокретности које се налазе у правном промету. Ипак ретенција непокретности не може се у свему изједначити са ретенцијом покретних ствари, јер се у првом случају ретинент не може намирити из вредности задржане ствари.³¹ Као објект овог права изузети су и они предмети који се не могу имовински изразити и који су по закону везани за личност дужника.³² Ретинент је овлашћен да задржи дужникову ствар за обезбеђење било ког потраживања према дужнику, без потребе постојања конекситета. Уколико су испуњени наведени услови, право ретенције у првом реду овлашћује повериоца да одбије враћање ствари дужнику, све док му овај не исплати дуг. Тим приговором ретинент може да се служи и против захтева трећег лица,

27 Чл. 286 ст. 1: „Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је док му не буде исплаћено потраживање.“ Чл. 289 ст. 2: „Поверилац који држи дужникову ствар по основу права задржавања има право да се наплати из њене вредности на исти начин као заложни поверилац, али је дужан пре него што приступи остварењу наплате да о својој намери благовремено обавести дужника.“

28 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 260.

29 В.: М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 261–265; Зоран Рашовић, *Стварно љраво*, Подгорица, 2002, стр. 441–447; Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирслав Лазић, *Стварно љраво*, Ниш, 2009, стр. 246; Борис Визнер, *Коментар Закона о облигационим односима, Ойћи гео*, књига друга, Загреб, 1978, стр. 1139–1148; Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактор Слободан Перовић, Београд, 1995, стр. 670; Јосип Студин, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактори Борислав Благојевић, Врлета Круљ, Београд, 1980, стр. 726–729; Милан Ведриш, Петар Кларић, *Грађанско љраво*, Загреб, 1988, стр. 417–418.

30 В.: фусноту 28. Супротно: Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, редактор С. Перовић, Београд, 1995, стр. 671.

31 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 262; Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *нав. дело*, стр. 246. Супротно: З. Рашовић, *нав. дело*, стр. 444–445.

32 Тако према чл. 287 ст. 2 поверилац не може задржати пуномоћ добијену од дужника, а ни друге дужникове исправе, легитимације, преписке и остале сличне ствари.

које је након настанка права ретенције стекло неко право на ствари, на основу кога захтева њену предају. Ако се у овом правном дејству право ретенције покаже као неефикасно, ретинент стиче право да се намири из вредности задржане ствари на исти начин као и заложни поверилац, пошто благовремено обавести дужника о својој намери. То значи да у поступку намирења, ретинент, као и заложни поверилац, има првенство пред обичним повериоцима, док се у односу на остала привелегована потраживања ранг одређује према тренутку настанка његовог права. Разлика између ретенције у грађанском и привредном праву, и поред јединствене регулативе, посредно долази до изражаја, јер заложни поверилац из привредноправног односа може да приступи продаји заложене ствари и без обраћања суду, док залогопримац у грађанском праву, сходно начелу официјелности, мора да захтева од суда такву одлуку.³³

У ЗОО регулисан је и посебан случај права ретенције код уговора о угоститељској остави.³⁴ Овом одредбом се одступа од решења да право задржавања не припада повериоцу коме је дужник предао ствар на чување. Такође за разлику од општих правила, да би се вршило право задржавања потребно је да постоји правни конекситет, односно да је угоститељ дошао до детенције ствари на основу истог уговора на основу кога је и његова тражбина настала.³⁵ Посебан случај права ретенције, регулисан је и у ЗОСПО³⁶, а према коме савесни држалац има право да задржи ствар док му се не надокнади износ нужних и корисних трошкова које је имао у вези са одржавањем ствари. За вршење овог права у ЗОСПО се тражи и савесност држаоца и материјални конекситет, односно да су трошкови чије потраживање поверилац захтева учињени за исту ствар која је и објект ретенције. Пошто ЗОСПО не регулише све услове за настапак и вршење овог права, у погледу питања која нису посебно уређена примењиваће се правила ЗОО. При томе, право ретенције по овом закону постоји и као средство притиска у рукама држаоца-невласника у односу на дужника-власника, али и као средство намирења потраживања из задржаних ствари у случају да дужник не жели да измири своју обавезу према држаоцу ствари.³⁷ Посебан случај права ретенције регулисан је Законом о меници³⁸, као и Законом о чеку

33 В.: ЗОО, чл. 289, чл. 980 и чл. 981.

34 ЗОО, чл. 728: „Угоститељ који прима госте на ноћење има право задржати ствари које су гости донели, до потпуне наплате потраживања за смештај и остале услуге.“

35 Илија Бабић, *Уговор о угоститељској остави*, Сарајево, 1988, стр. 142.

36 В.: ЗОСПО, чл. 38 ст. 7.

37 З. Рашовић, *Коментар Закона о основама својинскоправних односа*, Подгорица, 2007, стр. 512.

38 В.: Закон о меници, чл. 87–89.

којим је предвиђено да се одредбе о праву придржаја меничног повериоца примењују и на имаоца чека.³⁹

Пратећи законске активности у нашем праву *de lege ferenda*, право ретенције налази своје место и у законским пројектима⁴⁰, који су усмерени на целовито регулисање материје грађанског права. У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије право задржавања је предвиђено у виду општег правила, али и као посебно право угоститеља код уговора о угоститељској остави.⁴¹ Овај институт чини и круг стварних права предвиђених Нацртом Законика о својини и другим стварним правима.⁴² У Нацрту се овај институт спомиње у делу којим се регулише залога, где се прописује да су залоге: ручна залога, регистрована залога, право задржања, залога права и хипотека⁴³, али се детаљно регулише другим одредбама у глави „Г“ као „право задржања“.⁴⁴ По оба законска текста, ретенција задржава своју двоструку функцију средства притиска и намирена потраживања. Међутим, док се у Преднацрту Грађанског законика преузимају одредбе ЗОО, у Нацрту су садржана нова решења која дају одговор на спорна питања, анализирана у нашој досадашњој правној теорији и судској пракси. Тако законодавац експлицитно прописује да предмет права задржања поред покретних ствари и хартија од вредности, могу бити и непокретности, као и случајеве ако задржана ствар потиче од невластника и стицање права ретенције одржајем.⁴⁵ Такође, новина је и изричито искључивање потребе постојања конекситета да би се ово право вршило, као и могућност да се његова примена отклони уговором. Карактеристичне су још неке одредбе, које не налазимо у важећим законским текстовима, а посебно она по којој се право ретенције сврстава у право залог, а којом законодавац по први пут у нашем праву одређује правну категорију овог института. Разлика би била у делу којим се регулише својинска заштита, а где се савесном држаоцу признаје право на накнаду нужних и корисних трошкова које је уложио у туђу ствар, али му се изричито не даје право да је задржи док му се исти не надокнаде.⁴⁶ У погледу осталих услова за

39 В.: Закон о чеку, чл. 23 ст. 13.

40 При Министарству финансија и економије Србије 2003. године је формирана радна група за израду Нацрта Закона о својинским односима, чија је коначна верзија завршена 2006. године, док је при Министарству правде 2006. године формирана радна група за израду нацрта новог Грађанског законика Републике Србије, в.: Душан Николић, *Увод у сисџем грађанској права*, Нови Сад, 2008, стр. 110–111.

41 В.: Преднацрт Грађанског законика, чл. 322–325 и чл. 965.

42 Нацрт законика, чл. 2.

43 Нацрт, чл. 453 ст. 4.

44 В.: Нацрт, чл. 535–540.

45 В.: Нацрт, чл. 537 ст. 1 и чл. 538 ст. 1.

46 В.: Нацрт, чл. 204.

вршење овог права, који се односе на доспелост потраживања и врсту ствари, решења су истоветна садашњим.

IV Правна природа права ретенције у нашем праву

Једно од најчешће постављаних питања везаних за институт права ретенције, јесте питање његове правне природе. У оквиру ове проблематике, посебно доминира дилема да ли је *ius retentionis* стварно или облигационо право. У домаћој правној науци, неки теоретичари овом проблему приступају поредећи ово право са њему сличним институтима, али се директно не изјашњавају о његовој правној природи⁴⁷, док га други изричито сврставају у облигационо⁴⁸, или стварно.⁴⁹ Овај проблем добија посебну тежину, ако узмемо у обзир и разноликост прописа којима је ово право код нас регулисано, при чему само формално-правни метод у разјашњењу овог питања није довољан. Будући да је правна природа сваког института одређена његовом структуром и ефектима које испољава⁵⁰, настојаћемо да овај проблем разјаснимо одређујући које облигационоправне и стварноправне карактеристике преовлађују у тим елементима.

Како је и по СГЗ и по АГЗ, као његовом изворнику, грађанска ретенција била само средство притиска на дужника, по овим решењима *ius retentionis* је испољавало претежно облигационоправне карактеристике. Ретиненту је недостајало овлашћење продаје задржане ствари и могућност следовања, а конекситет и детенција су били постављени као стално присутан услов за вршење и опстанак права. У ретинентовом овлашћењу да супротстави своје право сваком лицу, препознајемо и стварноправне елементе овог института. Међутим, за разлику од других стварних права, која делују *erga omnes* и *contra omnes* независно да ли њихов титулар има фактичку власт на ствари, ово дејство је код ретенције условљено постојањем непосредне државине, јер титулар нема могућност следовања. По правилима трговачких законика, трговачка ретенција се приближава стварним правима, јер је поверилац био овлашћен да се намири из вредности задржане ствари са правом првен-

47 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 268–269; З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица, 2002, стр. 448–452; Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *нав. дело*, стр. 245–246.

48 М. Вуковић, *Основи стварног права*, Загреб, 1950, стр. 200; Војислав Спаић, *Основи грађанског права – стварно право*, Сарајево, 1960, стр. 290; А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1968, стр. 193; Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1968, стр. 185; И. Бабић, *Основи имовинског права*, Београд, 2008, стр. 284–285.

49 Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1155; Д. Медић, *Заложно право*, Бања Лука, 2002, стр. 56.

50 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 412.

ства, без услова конекситета, што је чини блиском и залози. Међутим „свако право намирења из задржане ствари није још и заложно право“.⁵¹ Повериоци у привредном праву имали су, према посебним правилима трговачког права, овлашћење да се намире из задржаних ствари⁵², али само док исте имају у својој државини, без правног средства помоћу кога би ово право могли да врше и када се те ствари нађу код других лица. Управо тај недостатак следовања, говори у прилог релативности трговачке ретенције. С друге стране, неки аутори право придржаја имаоца менице виде као једно стварно право⁵³, пошто по самом закону оно има исто дејство као и право залог. Ипак за разлику од права залогопримца, ово овлашћење је код меничног повериоца условљено писменим пристанком дужника. Доношењем ЗОО и усвајањем монистичког концепта при регулативи овог института, грађанска ретенција се изједначила са трговачком. Иако начелно нормиран прописом облигационог права, овај институт је и у грађанском праву попримао стварноправна обележја кроз функцију намирења потраживања и првенственог ранга у наплати. Приметне су још неке стварноправне карактеристике, као што је ретинентово овлашћење да супростави своје право задржавања свима, али и његова недељивост. Ипак немогућност следовања, услед које је ретинент спречен да врши своје право када изгуби непосредну државину на задржаној ствари, не говоре у прилог његовог апсолутног дејства. То је по мишљењу већине аутора најзначајнија карактеристика која ретенцији даје печат облигационоправног института.⁵⁴ По важећем ЗОСПО ово овлашћење недостаје и савесном држаоцу туђе ствари, иако му је право задржавања признато законом који уређује стварна права.

Упоредијући прописе који регулишу право задржавања у нашем правном систему, можемо закључити да оно у свим својим облицима испољава елементе и апсолутних и релативних права, независно да ли егзистира као јединствен, или посебан институт грађанског и трговачког права. Стога, ако бисмо покушали да одредимо његову правну природу упоређивањем стварноправних и облигационоправних елемената који у конкретном случају преовлађују, тешко бисмо дошли до тачног одговора. Пре свега, јер ниједан од тих елемената не искључује други, као и што апсолутно дејство неких ефеката права задржавања не негирају његову релативну природу. Због тога ћемо у одређивању правне природе *ius retentionis* у нашем праву, следити мишљење оних аутора по којима је то „право које лежи на замишљеној граници између стварних

51 Ч. Рајачић, *нав. дело*, стр. 285.

52 М. Орлић, О. Станковић, *нав. дело*, стр. 267.

53 Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 131.

54 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 437.

и тражбених.⁵⁵ Уосталом, нема разлога не признати праву задржања природу у којем се срећу и облигационоправни и стварноправни елементи, јер је овај институт настао због потребе да се реши један правни проблем, а очито се могао решити само спајањем својства стварних и облигационих права у једном овлашћењу.⁵⁶

Мишљења смо да ће овај институт у нашем правном систему и *de lege ferenda* задржати своју двојну природу, иако се у Нацрту сврстава у право залоге. Но упоређујући друге предложене одредбе, не можемо извести закључак о чистој стварноправној природи овог института, јер поверилац нема право следовања, као и могућност намирења код непокретности.

V Закључна разматрања

Корене права ретенције налазимо још у римском праву. *Ius retentionis* је динамичан институт, који је у свом развоју мењао разне облике, најпре кроз дејство *exceptio doli*, преко овлашћења задржавања дужникове ствари и на крају као средство намирења. У нашем правном систему право ретенције налази своје место и у предратним законима и у важећем праву. Реч је о значајном институту који своје оправдање налази у начелу савесности и поштења и једнакости странака. Као законом установљен вид легалне самозаштите, право ретенције испољава предности у односу на друге форме обезбеђења потраживања, јер се може вршити на основу закона, без потребе претходног уговарања његове примене. По тој карактеристици оно је слично и законском заложном праву. Ипак постојање законске залоге предвиђено је само за повериоце из одређених уговора, док право ретенције припада сваком повериоцу када су испуњени одређени услови. Иако у правној теорији није спорно да стране могу уговорити право задржавања, основни облик овог права остаје законско право ретенције. Међутим, поред значаја које му законодавац даје, право ретенције није довољно разрађено ни у нашој теорији ни у судској пракси. Такође повериоци се ретко одлучују за ово средство, јер је њихово право зависно од фактичке власти на ствари, а постоји и незнање о таквом овлашћењу због чега се оно често схвата као самовласт и израз примитивне правде. Због недовољне законске прецизности и уређености овог института у нашем праву, стално се јављају исте дискусије. Поред анализе круга потраживања која се обезбеђују овим правом, његовог предмета, постојања конекситета и могућности задржавања ствари у власништву трећих лица, посебну пажњу добија

55 Р. Лоренц, *нав. дело*, стр. 137.

56 С. Петрић, *нав. дело*, стр. 439.

питање његове стварноправне или облигационоправне природе. Иако за многе ова дилема и данас остаје спорна, ми ћемо прихватити двојну природу *ius retentionis*, јер је реч о праву које у свим облицима испољава и стварне и облигационе карактеристике.

У предложеним законским текстовима, чије је усвајање најављено, налазимо прецизније и детаљније одредбе о праву ретенције. Мишљења смо да ће таква регулатива и експлицитно уређивање неких до сада спорних питања дати овом институту и већу практичну вредност. Ипак и сада је у привредном праву његов значај више изражен, него у грађанском, због трајних пословних веза и поверења које је на њима засновано. У настојању да да одговор на многа питања, којима се до сада бавила правна теорија и судска пракса, законодавац *de lege ferenda* ово право сврстава у право залогa. Но, тиме се не мења његова двојна правна природа, јер по осталим одредбама оно испољава и карактеристике облигационих права. Овакав закључак следи, ако узмемо у обзир и формално-правни метод, пошто одредбе о праву ретенције налазимо и у Преднацрту Грађанског законика, у делу којим су уређени облигациони односи, али и у кругу стварних права предвиђених Нацртом. Чини нам се да је такво одређење у складу и са сврхом овог института, која не би била остварена када би испољавао само неке од тих елемената.

Jelena BRKIĆ, M.A.

Assistant, Faculty of European Legal and Political Studies, Singidunum University

NOTION AND LEGAL NATURE OF RETENTION IN OUR LAW

Summary

Retention right is an always present legal principle in our law. Provisions from ius retentionis can be found in civil and commercial codes that used to apply in the territory of our state, but also new laws for development of classical and implementation of new security instruments do not make this right redundant. Retention right has its place also in the Draft of the Code on Property and other Property Law Institutes and the Pre-Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, whose passing is announced in the future. Through the historical overview of domestic acts regulating this type of security instruments, we can conclude it is present in various branches of our legal system. That fact follows

the problems of its legal nature. Whether retention right belongs to Property Law or Law of Obligations, is a constant dilemma within legal theory. Although this issue is still disputable to many, we will accept the dual nature of ius retentionis in our law, for it is a principle that shows both property and obligation features in all of its forms. It is our opinion that such determination is in accordance with its purpose, that would not be achieved if only some of the elements were shown, and which it will keep in accordance with de lege ferenda.

Key words: *ius retentionis, notion, legal nature, property law, law of obligations.*