

UDK: 347.251  
izvorni znanstveni rad  
primljen 8. svibnja 2001.

Dr. sc. Silvija Petrić, docent Pravnog fakulteta u Splitu  
Dr. sc. Hrvoje Kačer, docent Pravnog fakulteta u Splitu

## O POSJEDU KAO ELEMENTU PRAVA ZADRŽANJA U SKLOPU OBJEKTIVNE KONCEPCIJE POSJEDA

Rad se bavi posjedom kao jednim od elemenata potrebnih za nastanak prava zadržavanja u pravima koja prihvataju objektivno shvaćanje posjeda. Posjed vjerovnika na predmetu retencije je temeljna karakteristika ovog ovlaštenja koja odražava njegovu pravnu prirodu sredstva dopuštene samopomoći ugroženog vjerovnika. No, svaki posjed ne može biti osnova za retiniranje. On mora biti stečen na način koji je u suglasju s pravom, tj. ne smije biti stečen protiv volje vlasnika stvari, a u nekim slučajevima mora biti i posjed u dobroj vjeri. Problemi koji se mogu javiti u svezi s različitim vrstama i svojstvima posjeda različito se rješavaju u pojedinim pravnim sustavima. Neke odredbe našeg prava u tom smislu su otvorene kritici i ovaj rad nudi moguća rješenja nekoliko spornih pitanja koja se u svezi s posjedom kao uvjetom retencije mogu javiti.

### I. Uvod

Zaštita vjerovnika od insolventnosti ili nesavjesnosti dužnika jedan je od temeljnih problema u pravnim poslovima kako klasičnog civilnog, tako posebno trgovačkog prava. Sredstva osiguranja položaja vjerovnika stoga su u suvremenom pravu pitanje od prvorazrednog značenja, a pravo retencije, čini se, spada u one instrumente zaštite kojima se vjerovnici ne koriste uvijek kada je to moguće, možda zbog nedovoljno razvijene svijesti o svim prednostima tog, u svakom slučaju, specifičnog sredstva. Ovo, još u rimskom pravu utemeljeno ovlaštenje vjerovnika dospjelog i utuživog potraživanja da zadrži dužnikovu stvar do trenutka svog potpunog namirenja, pruža vjerovniku veoma efikasnu mogućnost pritiska na neurednog dužnika, a u većini suvremenih prava jamči mu i brz i jednostavan način naplate prodajom retinirane stvari. Ono što ga bitno razlikuje od svih ostalih sredstava zaštite vjerovnikovog položaja jest činjenica da se radi o instrumentu legalne samopomoći, koji svoj temelj i odlučujući uvjet opstanka nalazi u faktičnoj vlasti vjerovnika na predmetu u vlasništvu dužnika.

Naravno, za nastanak i vršenje retencije potrebno je da budu ispunjeni i drugi uvjeti koje zakon propisuje, a to su u svim pravnim sustavima, uz određene specifičnosti uvjetovane različitim konceptima ovog ovlaštenja i posebnostima pojedinih prava, uvijek dospjelo i utuživo potraživanje, postojanje sposobnog objekta i izostanak određenih okolnosti koje, po prirodi stvari ili po volji zakonodavca, isključuju vršenje retencije.

No, uvjet faktične vlasti vjerovnika na objektu retencije od ostalih se uvjeta izdvaja po tome što upravo on određuje specifičnost prava zadržavanja kao jednog od rijetkih slučajeva u kojima se u modernom pravu priznaje i pravnom normom jamči pravo na zaštitu povrijeđenog ili ugroženog ovlaštenja putem vlastitog vršenja pravde, odnosno dopuštene samopomoći. Naravno, to je ovlaštenje na samopomoć priznato i strogo regulirano zakonom koji na vjerovnika prenosi dio ovlasti zaštite prava rezerviranih inače isključivo za državnu vlast, ali ostaje činjenica da retencija daje vjerovniku pravo na privatnu pljenidbu i čak realizaciju vrijednosti dužnikove stvari koja se nalazi u njegovoj faktičnoj vlasti.

Način stjecanja i vršenja faktične vlasti na stvari stoga je od izuzetnog značenja za konstrukciju prava zadržavanja, jer ne samo da odražava njezinu pravnu prirodu kao instrumenta dopuštene samopomoći, nego se kroz taj element najizraženije prelama sukob nekih temeljnih pravnih načela koji je i doveo do nastanka retencije i koji određuje njezino biće. S jedne strane nalazi se načelo izvršenja obveza u svemu kako glase i načelo zabrane samovlasnog vršenja prava, koji nalažu vjerovniku da ispuni svoju obvezu predaje stvari dužniku. No, s druge strane su pravna načela savjesnosti i poštenja, dobre vjere u prometu, te načelo zabrane zlorabe prava, koji opravdavaju ovako grubo zadiranje vjerovnika u osnovano pravo dužnika, i to zato što bi ispunjenje obveze prema dužniku dovelo vjerovnika u situaciju da se liši često jedinog jamstva da će njegovo, isto tako osnovano, potraživanje biti namireno. U sukobu ovih temeljnih pravnih vrijednosti nastaje institut prava zadržavanja kao oblik derogacije načela zabrane samopomoći koji vjerovniku - retinentu daje moć da se efikasno suprotstavi osnovanu zahtjevu dužnika na predaju stvari. Ali ta moć može postojati samo ako postoji i dok postoji njegova faktična vlast na stvari i utoliko je element posjeda središnji element instituta retencije. On omogućava vršenje retencije kao sredstva privatnopravne samozaštite, ali to ne znači da taj element faktične "izvanpravne" vlasti na stvari ne podliježe zakonom propisanim ograničenjima u stjecanju i izvršavanju. Jer iako retencija daje prednost faktičnoj vlasti nad obvezom predaje stvari, ta faktična vlast se ne smije stjecati ni vršiti na način koji bi predstavljao povredu načela savjesnosti i poštenja i dobre vjere, ali sada od strane retinenta prema protivniku retencije.

Stoga svi pravni sustavi, regulirajući uvjet faktične vlasti vjerovnika na predmetu retencije, eksplicite ili implicate utvrđuju i uvjete za vršenje te vlasti. Razlike u definiranju ovog elementa u pojedinim pravnim sustavima proizlaze s jedne strane iz različitog shvaćanja posjeda, a s druge strane iz razlika u određenju objekta retencije i njegovih efekata. Ovaj će se rad baviti problemima koji se u svezi s uvjetom faktične vlasti retinenta na predmetu retencije pojavljuju u sustavima koji prihvaćaju objektivno shvaćanje pojma posjeda, a posebna pažnja će biti posvećena rješenjima u našem pravu, kritici nekih aspekata tih rješenja i prijedlozima *de lege ferenda*.

## II. Određenje uvjeta faktične vlasti na stvari u sustavima objektivne koncepcije posjeda

Za sve pravne sustave koji se temelje na objektivnoj koncepciji posjeda, kao što je njemačko, švicarsko i naše pravo, karakteristično je da retinent može biti samo

posjednik stvari.<sup>1</sup> Objektivno shvaćanje posjeda, naime, pojam detencije svodi na vrlo usku kategoriju koja ne daje mogućnost samostalne vlasti na stvari, što je *conditio sine qua non* vršenja prava zadržavanja. Iako su pravila o posjedu kao uvjetu retencije u ovim sustavima veoma slična, neke razlike u odnosu na zahtjeve vezane uz posjed postoje, posebice s obzirom na razlikovanje civilne i trgovačke retencije u njemačkom pravu, kao i s obzirom na osnove isključenja retencije u pojedinim pravnim sustavima.

#### a) Švicarsko pravo

Švicarsko pravo uređuje pravo zadržavanja kao opći institut u odredbama čl. 895. - 898. Švicarskoga građanskog zakonika - Zivilgesetzbuch (ZGB), a smješta ga u 23. glavu, posvećenu založnom pravu na pokretninama (čl. 884 - 918). Čl. 895.<sup>2</sup> propisuje da vjerovnik može zadržati pokretne stvari i vrijednosne papire dužnika, koji se voljom dužnika nalaze u njegovu posjedu, do namirenja svog dospjelog i s predmetom retencije povezanog potraživanja prema dužniku. Drugi stavak određuje da za trgovce vezanost s predmetom retencije postoji pod uvjetom da posjed i potraživanje proizlaze iz njihova poslovnog prometa. Treći stavak dopušta stjecanje prava retencije na stvari u vlasništvu treće osobe, pod uvjetom da je retinent savjestan. Čl. 896.<sup>3</sup> zabranjuje vršenje retencije na stvarima čija priroda ne dopušta unovčenje. Retencija je isključena i ako je protivna obvezi preuzetoj od strane vjerovnika, nalogu dužnika ili pravilima javnog poretka. Čl. 897.<sup>4</sup> daje pravo retencije vjerovniku nedospjelog potraživanja ukoliko je dužnik postao nesposoban za plaćanje. Ako je nesposobnost plaćanja nastala nakon predaje stvari, ili

<sup>1</sup> Ako objekt prava zadržavanja mogu biti i činidbe na koje je vjerovnik obavezan dužniku, kao što je to prema odredbama čl. 273. st. 1. njemačkog Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), onda je s posjedom stvari izjednačena moć zadržavanja činidbe, koja postoji samo ako se činidba još uvijek može zadržati, tj. ako još nije izvršena. Više vidi: Palandt: *Bürgerliche Gesetzbuch, Beck'sche Kurz - Kommentare*, 30. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1971, str. 274 - 275.

<sup>2</sup> Art. 895. ZGB: Bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befinden, kann dieser bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihre Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht.

Unter Kaufleuten besteht dieser Zusammenhang, sobald der Besitz sowohl als die Forderung aus ihrem geschäftlichen Verkehr herrühren.

Der Gläubiger hat das Retentionsrecht, soweit nicht Dritten Rechte aus früherem Besitze zustehen, auch dann, wenn die Sache, die er in gutem Glauben empfangen hat, nicht dem Schuldner gehört.

<sup>3</sup> Art. 896. ZGB: An Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt, kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden.

Ebenso ist die Retention ausgeschlossen, wenn ihr eine vom Gläubiger übernommene Verpflichtung, oder eine vom Schuldner vor oder bei der Übergabe der Sache erteilte Vorschrift oder die Öffentliche Ordnung entgegensteht.

<sup>4</sup> Art. 897. ZGB: Bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat der Gläubiger das Retentionsrecht auch dann, wenn seine Forderung nicht fällig ist.

Ist die Zahlungsunfähigkeit erst nach der Uebergabe der Sache eingetreten oder dem Gläubiger bekannt geworden, so kann dieser die Retention auch dann ausüben, wenn ihr eine von ihm vorher übernommene Verpflichtung oder eine besondere Vorschrift des Schuldners entgegensteht.

je vjerovnik tek tada za nju saznao, pravo retencije postoji, iako je retiniranje suprotno prethodno preuzetoj obvezi ili nalogu dužnika. Čl. 898.<sup>5</sup> uređuje pravo realizacije retinirane stvari i određuje da vjerovnik može, ako dužnik ne ispuní obvezu niti pruži odgovarajuće osiguranje, nakon prethodne obavijesti, retiniranu stvar unovčiti po pravilima koja vrijede za založnog vjerovnika.

Kada se na ove odredbe primijeni objektivna koncepcija posjeda, jasno je da se za nastanak retencije zahtijeva posjed na objektu retencije, odnosno da retencija nije dovoljna, budući da ona, prema objektivnom shvaćanju posjeda, ne daje samostalnost u raspolaganju sa stvari. Posjed kao uvjet retencije mora ispunjavati zahtjeve koji se traže za posjed založnog vjerovnika,<sup>6</sup> tj. davati mogućnost vjerovniku da efikasno spriječi bilo dužnika, bilo neku treću osobu da vrši ikakav utjecaj na retiniranu stvar. Posjed izuzetno može biti samostalan, ali je najčešće nesamostalan. Najčešće je neposredan, ali može biti i posredan posjed, ako vjerovnik-retinent povjeri trećoj osobi čuvanje retinirane stvari.

#### *b) Njemačko pravo*

Za njemačko je pravo karakterističan dualizam i kod instituta retencije, tj. različito uređenje instituta u civilnom u odnosu na trgovačko pravo. Tako BGB uređuje opći pojam prava zadržanja u čl. 273. i 274.<sup>7</sup> Čl. 273. st. 1. određuje da dužnik, koji iz istog pravnog odnosa iz kojeg izvire i njegova obveza, ima dospjeli zahtjev prema vjerovniku, može ako drukčije ne proizlazi iz obveznog odnosa, uskratiti dugovanu

<sup>5</sup> Art. 898. ZGB: Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nach, so kann der Gläubiger, wenn er nicht hinreichend sichergestellt wird, die zurückbehaltene Sache nach vorgängiger Benachrichtigung des Schuldners wie ein Faustpfand verwerten.

Zur Verwertung zurückbehaltener Namenpapiere hat in Vertretung des Schuldners der Betreibungs- oder der Konkursbeamte das Erforderliche vorzunehmen.

<sup>6</sup> Čl. 884. ZGB.

<sup>7</sup> BGB § 273: Zurückbehaltungsrecht: allgemeine Voraussetzungen:

(1) Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anders ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

(2) Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene Handlung erlangt hat.

(3) Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

BGB § 274: Verfahrensrechtliche Wirkungen beim Zurückbehaltungsrecht

(1) Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilt ist.

(2) Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.

činidbu dok mu ne bude ispunjeno potraživanje. Stavak 2. daje isto pravo dužniku koji je obvezan predati neku stvar, a ima dospjelo potraživanje radi troškova na stvari ili štete od stvari, ukoliko stvar nije stekao namjernom nedopuštenom radnjom. Treći stavak daje pravo vjerovniku da retiniranje otkloni davanjem nekog sredstva osiguranja, s tim da je osiguranje jamcima isključeno.

Analizirajući pravo retencije iz čl. 273. st. 1, očito je da zakonodavac ne izdvaja posebno kao uvjet retencije faktičnu mogućnost retinenta da zadrži svoju prestaciju, no to ne znači da pravna logika ne zahtijeva u svakom slučaju i ispunjenje ovog uvjeta. Šutnja zakona u vezi s ovom pretpostavkom koja je pravno logički najbliža onom što u ostalim pravnim sustavima podrazumijevamo pod "posjedom ili detencijom objekta prava retencije", potpuno je razumljiva budući da čl. 273. st. 1. uređuje tzv. opći pojam prava zadržanja čiji objekt nije neposredno tjelesna stvar, nego prestacija retinenta, tako da bi propisivati "posjed" retinenta na "stvari" vjerovnika bilo u neskladu s osnovnom idejom norme. Ali, iako ne možemo govoriti o retinentovom posjedu objekta retencije u materijalnom smislu, očito je da vršenje prava zadržanja zahtijeva da je retinent još uvijek "u posjedu" činidbe koju retinira, tj. da je još nije izvršio pa da je konzekventno može i "zadržati." S druge strane, ako je njegova činidba usmjerena na *dare* individualno određenog predmeta, onda on mora imati i posjed te materijalne stvari da bi mogao vršiti retenciju.

Situacija je drukčija s pravom zadržanja iz čl. 273. st. 2. BGB koji određuje da onaj tko ima obvezu izručenja stvari uz koju je vezan dospjeli zahtjev naknade štete ili troškova, može koristiti pravo zadržanja iz stavka 1. ako stvar nije stekao namjernom nedopuštenom radnjom. Ovo je pravilo u izvjesnom smislu izuzetak od osnovnog pravila iz prvog stavka istog članka, ali u isto vrijeme pretpostavlja i postojanje uvjeta koji su njime propisani. Razlike u odnosu na generalno pravilo su u predmetu retencije, koji je ovdje označen kao stvar ("*Gegenstand*"), u pretpostavkama za postojanje koneksiteta i u posebnom osnovu isključenja. Što se tiče fizičke vlasti vjerovnika na stvari uz koju su vezana potraživanja, budući da njemačko pravo također usvaja objektivno shvaćanje posjeda, očigledno je da zakon ovdje pretpostavlja postojanje posjeda vjerovnika, tj. da sama detencija stvari nije dovoljna za vršenje retencije.

Sličnu situaciju u pogledu uvjeta posjeda nalazimo i u pravilima njemačkog trgovačkog prava,<sup>8</sup> odnosno u odredbama iz čl. 369.<sup>9</sup> i 370.<sup>10</sup> njemačkog Trgovačkog

<sup>8</sup> Treba napomenuti da se ista pravila primjenjuju i u trgovačkom pravu Austrije.

<sup>9</sup> Čl. 369. HGB: Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht, an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigentum an den Gegenständen von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

zakona - Handelsgesetzbuch (HGB) koja uređuju institut trgovačke retencije. Naravno, i u trgovačkim poslovima se može primjenjivati pravo retencije iz čl. 273. i 274. BGB, ali trgovačko pravo poznaje i posebni institut prava zadržanja koji vrijedi samo za trgovačke poslove zaključene između dva trgovca. U skladu s koncepcijom odvojenog reguliranja poslova građanskog i poslova trgovačkog prava, ovo se pravo značajno razlikuje od retencije građanskog prava. Odredbe čl. 369. i 370. HGB daju trgovcu, radi dospelih zahtjeva prema drugom trgovcu iz trgovačkih transakcija, pravo zadržanja na pokretnim stvarima i vrijednosnim papirima dužnika, koji su dospjeli u posjed retinenta uz odobrenje dužnika, ako još uvijek nad njima ima nadzor, posebno putem teretnica ili skladišnica. Pravo zadržanja postoji i onda kada je vlasništvo na stvari preneseno s dužnika na vjerovnika, ili je na njega preneseno djelovanjem trećega za račun dužnika, a ima se prenijeti natrag na dužnika. Drugi stavak čl. 369. određuje da pravo zadržanja djeluje i protiv trećega u onoj mjeri u kojoj se prigovori protiv zahtjeva dužnika na povrat stvari mogu istaknuti i protiv takvog trećega. Treći stavak isključuje pravo zadržanja ako je suprotno naložima koje je dužnik dao prije ili u trenutku predaje stvari, ili obvezi preuzetoj od strane vjerovnika da sa stvari postupa na određeni način. Dužnik može otkloniti vršenje prava zadržanja davanjem sredstva osiguranja, s tim da je osiguranje jamcima isključeno.

Analiza ovih pravila upućuje na zaključak da predmet retencije trgovačkog prava također mora biti u posjedu vjerovnika. Kao i prema pravilima BGB-a, za vršenje prava retencije pretpostavlja se posredni ili neposredni, samostalni ili nesamostalni (su)posjed vjerovnika na stvari. Inzistiranje na ispunjenju ovog uvjeta je posljedica ne samo zahtjeva za ostvarenjem ovlasti na "zadržavanje" stvari do namirenja potraživanja, kao što je to prema pravilima civilne retencije, nego je posjed vjerovnika nuždan za zadovoljenje uvjeta publiciteta kao pretpostavke za mogućnost namirenja iz retinirane stvari, što je posebno ovlaštenje retinenta u trgovačkom pravu.<sup>11</sup> Posjed stvari vjerovnik mora steći uz pristanak dužnika ili njegova zastupnika. Pristanak dužnika može biti očitovan izričito ili konkludentnim radnjama. Prema čl. 369. suglasnost mora postojati u trenutku stjecanja posjeda, a ne u trenutku nastanka prava zadržanja.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet.

Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitleistung abwenden. Die Sicherheitleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

<sup>10</sup> Čl. 370. HGB: Das Zurückbehaltungsrecht kann auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden:

1. wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner seine Zahlung eingestellt hat;

2. wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.

Der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrecht steht Anweisung des Schuldners oder die Übernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, nicht entgegen, sofern die im Abs. 1. Nr.1, 2 bezeichneten Tatsachen erst nach der Übergabe des Gegenstandes oder nach der Übernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden.

<sup>11</sup> Vidi čl. 371. HGB.

Pored ovih općih pravila, koja su identična pravilima koja vrijede i za civilnu retenciju, pravila trgovačkog prava retencije sadrže i neke specifične odredbe vezane uz posjed. Ovdje, naime, postoji mogućnost retiniranja stvari putem vrijednosnih papira koji predstavljaju stvar, kao što su teretnice, konosmani, skladišne primke i slični dokumenti. U tom slučaju vjerovnik će imati mogućnost vršenja prava zadržanja na robu koja je predstavljena vrijednosnim papirom, ali pod uvjetom da je roba zaista zaprimljena od strane prijevoznika ili skladištara, kao i onda kada je dokument koji glasi na ime vjerovnika ili je na njega *in bianco* indosiran, predan vjerovniku.<sup>12</sup> Ako se radi o vrijednosnim papirima na donositelja, činjenicom retiniranja vrijednosnog papira nastaje istodobno i pravo retencije na robu koja je predstavljena papirom. Ako pak retinent nije legitimiran kao vjerovnik iz vrijednosnog papira na ime ili po naredbi kojeg drži u rukama, on može vršiti pravo zadržanja samo na dokumentu, a ne na robu koja je predstavljena dokumentom. Ovdje treba napomenuti da iste mogućnosti postoje i u austrijskom i švicarskom pravu, koje u skladu s koncepcijom jedinstvenog reguliranja trgovačkog i civilnog prava u čl. 895. ZGB kao objekte retencije navodi i vrijednosne papire.

#### *c) Hrvatsko pravo*

Ako na kraju promotrimo situaciju u našem pravu, dolazimo do zaključka da je i prema odredbama Zakona o obveznim odnosima<sup>13</sup> za vršenje prava zadržanja potrebna faktična vlast vjerovnika na stvari dužnika, budući da zakon izričito kaže da je ovlašten na zadržavanje vjerovnik "...u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar." Zakon govori samo o faktičnoj vlasti na stvari, ali se iz interpretacije norme može osnovano zaključiti da retinirati može samo posjednik stvari. Naime, budući da je u našem pravu

<sup>12</sup> O tome vidi čl. 424. HGB (za skladištara); čl. 450. HGB (za prijevoznika) i čl. 647. i 650. HGB (za poduzetnika pomorskog prijevoza).

<sup>13</sup> Pravo zadržanja je u hrvatskom pravu regulirano općim odredbama Zakona o obveznim odnosima (Sl. l. SFRJ br. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89, *Narodne novine* br. 53/91, 73/91, 3/94), a u posebnim odredbama nekih drugih zakona postoje pravila o pravu retencije za pojedine specifične slučajeve.

Čl. 286. ZOO: Vjerovnik dospjelog potraživanja u čijim rukama se nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje.

U slučaju da je dužnik postao nesposoban za plaćanje, vjerovnik može vršiti pravo zadržanja, iako njegovo potraživanje nije dospjelo.

Čl. 287. ZOO: Vjerovnik nema pravo zadržanja kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegova posjeda protiv njegove volje, ili kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je predana vjerovniku na čuvanje ili poslugu.

On ne može zadržati ni punomoć dobivenu od dužnika, a ni druge dužnikove isprave, iskaznice, prepisku i ostale slične stvari, kao ni druge stvari koje se ne mogu izložiti prodaji.

Čl. 288. ZOO: Vjerovnik je dužan vratiti stvar dužniku ako mu on daje odgovarajuće osiguranje njegova potraživanja.

Čl. 289. ZOO: Vjerovnik koji drži dužnikovu stvar po osnovi prava zadržanja ima pravo da se naplati iz njezine vrijednosti na isti način kao založni vjerovnik, ali je dužan prije nego što pristupi ostvarenju naplate o svojoj namjeri pravodobno obavijestiti dužnika.

vladajuća objektivna koncepcija posjeda,<sup>14</sup> pravilna interpretacija ove norme, iako ona izričito ne govori o "posjedu", a još manje o njegovoj vrsti ili kvalitetama, dopušta retenciju jedino ako retinent ima njezin objekt u posjedu.

### III. Vrste i kvalitete posjeda

#### 1. Vrste posjeda

Ako rezimiramo sve izneseno o faktičnoj vlasti vjerovnika na objektu retencije kao uvjetu za vršenje ovog ovlaštenja u sustavima objektivnog shvaćanja posjeda, očito je da prema pravilima švicarskog prava,<sup>15</sup> njemačkog civilnog i trgovačkog prava,<sup>16</sup> kao i našeg prava, retinirati može samo onaj vjerovnik koji ima posjed stvari, tj. da detencija stvari onako kako je definira objektivno shvaćanje posjeda, ne može biti dovoljna za vršenje retencije. Posjed vjerovnika može biti stečen prije ili nakon dospelosti potraživanja retinenta, ali svakako prije isticanja prigovora retencije. Po vrsti posjed koji daje pravo na retenciju može pripadati gotovo svim kategorijama. Tako retinirati uvijek može individualni posjednik ali se isto tako smatra da je i suposjed dovoljan za vršenje prava zadržanja, pod uvjetom da je dužnik u potpunosti isključen iz samostalnog raspolaganja sa stvari. Zatim, retinent može biti posredan ili neposredan posjednik stvari, može imati samostalan ili nesamostalan posjed, iako će se u praksi u najvećem broju slučajeva raditi o neposrednom nesamostalnom posjedu retinenta. Vjerovnik, u pravilu, prije stjecanja prava zadržanja ima na stvari nesamostalni posjed koji je na njega prenio dužnik,<sup>17</sup> iako je moguće da vjerovnik ima i samostalni posjed stvari koja će postati objekt prava retencije, npr. u slučaju da se radi o retiniranju činidbe na predaju stvari, po odredbama čl. 273. st.1. BGB, ili u slučaju da pravne norme priznaju pravo zadržanja na vlastitoj stvari, kao što je to moguće prema čl. 369. st. 1. (2. reč.) njemačkog BGB. I nakon nastanka pretpostavki za vršenje prava zadržanja, njegov će posjed i dalje biti nesamostalan, osim u slučaju retiniranja vlastite činidbe i vlastite stvari kada se zadržava kvaliteta samostalnosti posjeda na stvari objektu činidbe sve do predaje dužniku.

Posjed vjerovnika-retinenta mora imati takva svojstva koja mu omogućuju da efikasno isključi dužnika-protivnika retencije, kao i sve treće osobe da na bilo koji način utječu na stvar. Taj je uvjet uvijek ispunjen kod neposrednog posjeda, ali i posredni posjed retinenta može biti sasvim dostatan za ostvarenje ove pretpostavke.<sup>18</sup> Ukoliko se radi o posrednom posjedu, za stjecanje prava zadržanja potrebno je da posredni posjednik obavijesti neposrednog o zasnivanju prava zadržanja na stvari koju

<sup>14</sup> Vidi čl. 10-12. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (*Narodne novine* br. 91/96).

<sup>15</sup> O posjedu u švicarskom pravu vidi čl. 919 - 925. ZGB.

<sup>16</sup> O posjedu u njemačkom pravu vidi čl. 854 - 871. BGB.

<sup>17</sup> Tako, primjerice, vjerovnik ima posjed na osnovi odnosa iz zakupa, najma, ili drži stvar kao izvođač radova, komisionar, agent, prijevoznik, depozitar, skladištar, špediter, založni vjerovnik itd.

<sup>18</sup> Npr. davanjem objekta retencije na čuvanje trećoj osobi od strane vjerovnika.

neposredni posjednik drži u svojoj fizičkoj aprehenziji.<sup>19</sup> No, posredni posjednik ne može retinirati stvar ukoliko je neposredni posjednik sam dužnik. U tom slučaju, naime, ne bi bio ispunjen temeljni uvjet vršenja retencije, a to je isključenje dužnika iz faktičke mogućnosti raspolaganja sa stvari. Isto tako, ako je treća osoba koja je neposredni posjednik ovlaštena ili obvezna isključivo dužniku vratiti stvar, posredni posjednik ne može ispuniti uvjete za vršenje prava retencije. No, interesantno je napomenuti da u pravnoj teoriji postoji stajalište po kojem pravo zadržanja posrednog posjednika ostaje sačuvano i u slučaju da neposredni posjednik sam koristi na istoj stvari pravo retencije radi zaštite nekih svojih potraživanja.<sup>20</sup>

Naravno, neposredni posjednik može faktičnu vlast na stvari izvršavati osobno ili posredovanjem pomoćnika u posjedovanju. Prema objektivnoj koncepciji posjeda pomoćnik u posjedovanju ili detentor nema nikakvu faktičnu vlast na stvari, budući da izvršava isključivo tuđu faktičnu vlast. Prema tome, detentor u sustavima objektivne koncepcije posjeda ne može vršiti pravo zadržanja za zaštitu vlastitih potraživanja budući da mu opseg ovlaštenja koja ima na stvari ne omogućava samosvojno rukovanje tom stvari.<sup>21</sup> Ono što on može jest jedino da kao "posjednikov sluga"<sup>22</sup> ili "pomoćnik pri posjedovanju"<sup>23</sup> koji drži dužnikovu stvar u svojim rukama, vrši pravo retencije za posjednika čije je naloge obvezan ispunjavati. To stoga što, prema objektivnom shvaćanju, posjeda detentor nema nikakvu, pa čak ni relativnu samostalnost u rukovanju sa stvari kakvu ima primjerice nesamostalni posjednik, a koja proizlazi iz činjenice da nesamostalni posjednik ima neko obvezno pravo ili ograničeno stvarno pravo na stvari koje mu omogućava na stvari ima vlast koja je preduvjet za stjecanje retencije. Ako pak iz okolnosti slučaja nije u potpunosti jasno radi li se o nesamostalnom posjedu ili detenciji, postoji u švicarskoj pravnoj znanosti veoma interesantno stajalište prema kojem se smatra da takvu situaciju treba tumačiti na način da se vjerovniku pruži što šira zaštita, odnosno da se pravo retencije mora proširivati i na takve granične slučajeve.<sup>24</sup> Suprotno, ako je subjekt samo u trenutnom prostornom odnosu sa stvari koji mu ne daje nikakva prava da sa stvari na bilo koji način upravlja, smatra se da se radi odnosu koji ne može nikako rezultirati pravom zadržanja.<sup>25</sup>

Na ovom mjestu treba upozoriti na jednu specifičnost u načinu na koji je ZOO uredio pitanje faktične vlasti retinenta na stvari. Naime, iz formulacije čl. 287. st. 1. koja kaže da retinirati može onaj vjerovnik "... u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar", moglo bi se osnovano zaključiti da pravo na retiniranje ima samo onaj vjerovnik

<sup>19</sup> Ovo pravilo se izvodi iz analogije s čl. 1205. st. 2. BGB koje uređuje stjecanje založnog prava kroz obavijest neposrednom posjedniku.

<sup>20</sup> U tom slučaju moglo bi se govoriti o nekakvoj vrsti podretencije. Vidi: Karl Oftinger: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte*, 23. Titel: *Das Fahrnispfand*, Schulthess & CO AG, Zürich, 1952, str. 363. sq.

<sup>21</sup> Vidi čl. 12. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; čl. 920. ZGB; čl. 855. BGB.

<sup>22</sup> "Besitzdiener" njemačkog prava.

<sup>23</sup> Terminologija koju upotrebljava naš zakonodavac.

<sup>24</sup> Vidi: Oftinger: *Das Fahrnispfand*, Isto, str. 362. sq.

<sup>25</sup> Primjerice, kupac koji razgledava robu u dućanu, čitatelj knjige u javnoj knjižnici i sl.

koji ima neposredan posjed, budući da posredni posjednik nikako nema stvar *u rukama*. No, postavlja se pitanje treba li zakon zaista tako tumačiti i time isključivati mogućnost retiniranja posrednog posjednika. Ako pogledamo rješenja u švicarskom pravu i njemačkom trgovačkom pravu, vidimo da zakonodavac govori izričito o "posjedu" (*Besitz*) objekta retencije, tako da se slične dvojbe ne mogu pojaviti. Formulacija koju je upotrijebio ZOO postaje mnogo razumljivija ako se podsjetimo činjenice da je zakon donesen i stupio na snagu u vrijeme dok je u našem pravu bila prihvaćena subjektivna koncepcija posjeda po kojoj pravo retencije pripada ne samo posjedniku nego i detentoru. Stoga je takvoj situaciji mnogo bolje odgovaralo da se ne upotrebljava termin "posjed", već da se umjesto toga naglasak stavi na faktičnu vlast na stvari. No, iako je već 1980. donošenjem Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima u našem pravu prihvaćena objektivna koncepcija posjeda, ovakva formulacija čl. 287. ZOO nije izmijenjena. Neosporno je da uvjet postojanja vjerovnikove vlasti na stvari treba tumačiti u svjetlu novog shvaćanja posjeda. Ali, to znači da bi doslovno tumačenje zakonske odredbe zahtijevalo isključenje posrednog posjednika kao mogućeg retinenta, iako za to nema nikakvog opravdanja u primjeni germanskog shvaćanja posjeda na pravo zadržavanja. To nam uostalom vrlo zorno ilustriraju i rješenja u usporednom pravu zemalja koje prihvaćaju ovaj sustav posjeda.

Rješenje ovog problema možda bi se moglo naći u veoma slobodnom i širokom tumačenju formulacije "u rukama vjerovnika" i njezinu protezanju na situaciju posrednog posjednika, uz tvrdnju da on na idealan način ima određenu vlast na stvari. No, takvo je tumačenje držimo izuzetno riskantno i teško da može odoljeti mogućim protuargumentima, već na razini početne jezične i logičke interpretacije norme. Stoga bi bilo ipak najbolje izvršiti korekciju ovog članka zakona i sa zakašnjenjem od dvadeset godina uskladiti pravila o retenciji s pravilima o posjedu.

## 2. Kvalitete posjeda

Što se tiče kvaliteta posjeda, potrebno je razmotriti dva odvojena skupa problema. S jedne strane je to pitanje načina stjecanja i vršenja posjeda, a s druge strane pitanje savjesnosti i zakonitosti posjeda.

### 2.1. Isključenje prava zadržavanja zbog manjkava stjecanja posjeda

Kada se govori o uvjetima vezanim za stjecanje i vršenje posjeda na objektu retencije, moramo se podsjetiti da retencija predstavlja jedan od zakonom priznatih slučajeva dopuštene samopomoći vjerovnika protiv dužnika koji uskratno dugovane činidbe postupa protivno svojoj obvezi, a u isto vrijeme zahtijeva od vjerovnika da mu preda stvar na koju on ima pravo. Takvo ponašanje predstavlja očiglednu povredu načela savjesnosti i poštenja i institut retencije upravo svoje unutarnje opravdanje nalazi u zaštiti tog načela. No, to nikako ne znači da ponašanje vjerovnika - retinenta može vrijedati načelo čijem ostvarenju služi. Ono mu daje pravo da se štiti zadržavanjem ili čak realizacijom dužnikove stvari, ali vlast na stvari ne smije biti stečena ni vršena na način koji vrijeđa dobru vjeru, jer bi inače ovo ovlaštenje koje se temelji na *exceptio doli* izgubilo svako unutarnje opravdanje.

Osim toga, kao zakonom priznato pravo na samopomoć koje ovlašćuje vjerovnika dospjelog i utuživog potraživanja da uskrati dužniku predaju njegove stvari, te da se iz vrijednosti stvari namiri, ono je i po intenzitetu i po važnosti duboko suprotno temeljnom pravnom načelu zabrane samovlasnog vršenja prava. Time što uskraćuje i čak prodaje stvar, koju bi da nema ovog ovlaštenja bio dužan predati svom dužniku, retinent ozbiljno zadire u pravom zaštićenu poziciju dužnika. Tako grubo odstupanje od osnovnih pravnih postulata svakako zahtijeva da retencija bude omeđena strogo postavljenim uvjetima vezanim za svaki od njezinih elemenata, pa tako i za posjed retinenta na objektu retencije.

Kao ovlaštenje koje ima za cilj zaštititi vjerovnika od nesavjesnog ponašanja dužnika, ona se ne može temeljiti na faktičnoj vlasti na stvari koja bi bila stečena ili zadržana isto tako nesavjesnim ponašanjem retinenta. Kada bi to dopustili, pravno sredstvo zaštite vjerovnika pretvorilo bi se u svoju suprotnost, u nepravo. Propisivanjem uvjeta koji isključuju retenciju na stvarima koje se u posjedu retinenta nalaze protiv ili mimo volje dužnika postiže se nužna ravnoteža u zaštiti interesa obiju strana, odnosno sprječava da zaštita načela savjesnosti i poštenja ne otvori drugoj strani mogućnost nesavjesnog, ili čak doložnog postupanja. Stoga svi pravni sustavi isključuju pravo retencije na predmetima koji su u posjed vjerovnika došli na način koji se može smatrati povredom načela savjesnosti i poštenja, ili ako bi njihovo zadržavanje u posjedu bilo protivno tom načelu. Takve odredbe vezane za retenciju zapravo znače da se kao jedan od uvjeta za vršenje prava zadržanja zahtijeva kvaliteta istinitosti posjeda. Naravno, ovaj zahtjev je postavljen na način koji je prilagođen pravnoj biti retencije i ciljevima kojima ona služi. No, treba napomenuti da ni u tom zahtjevu svi pravni sustavi nisu potpuno identični.

#### *a) Švicarsko pravo*

Čl. 895. st. 1. ZGB definirajući vlast vjerovnika na predmetu retencije izričito zahtijeva da se stvar nalazi u posjedu vjerovnika uz pristanak dužnika, odnosno ne protiv njegove volje. Takva odredba isključuje iz prava na retiniranje sve predmete stečene prijevarom, samovoljom i sl., ali isto tako i predmete dužnika stečene nakon otvaranja stečaja. Osim toga, odredbe čl. 896. st. 2. ZGB između ostalog<sup>26</sup> isključuju mogućnost vršenja prava retencije u slučaju da je to protivno obvezi preuzetoj od strane vjerovnika, nalogu dužnika ili pravilima javnog poretka. Nalog dužnika koji isključuje pravo retencije mora postojati najkasnije u trenutku preuzimanja stvari, dok obveza vjerovnika koja je suprotna pravu retencije može biti preuzeta u bilo kojem momentu. Naravno, ova posebna obveza vjerovnika ili nalog dužnika kao osnovi isključenja retencije ne mogu se poistovjećivati s onom temeljnom obvezom povrata dužnikove stvari bez koje nema ni retencije, već se mora raditi o dodatnim izjavama, namjerama ili okolnostima s kojima je pravo zadržanja vjerovnika nespojivo. Primjerice, ne radi se o posebnoj nalogu ili obvezi ako je u izjavi, bilo dužnika bilo vjerovnika,

<sup>26</sup> Prvi stavak ovog članka zabranjuje vršenje retencije na stvarima čija priroda ne dopušta unovčenje.

spomenuta opća obveza predaje stvari natrag dužniku, već iz formulacije mora biti neosporno da takva izjava znači dodatni nalog ili obvezu koja isključuje pravo retencije. To zahtijeva i svrha retencije kao instrumenta ustanovljenog u interesu vjerovnika, pa svako isključenje ili ograničenja koje dovodi do gubitka prava vjerovnika treba restriktivno tumačiti i u slučaju sumnje radi li se o valjanim osnovama isključenja, odlučiti u interesu vjerovnika.

No, s druge strane, ne smije se zanemariti ni činjenica da u nekim slučajevima okolnosti isključuju ovo ovlaštenje kao protivno načelu savjesnosti i poštenja i pravičnosti, odnosno da isključenje može nastupiti i iz same prirode naloga (obveze) prešutno ili konkludentno izraženog. Primjerice, isključeno je pravo zadržanja na robi i uzorcima koji se predaju komisionarima, agentima, trgovačkim putnicima radi obavljanja dužnikovih naloga, a za vrijeme trajanja ugovora na temelju kojega su takve osobe u posjedu dužnikove stvari, dok nakon prestanka ugovora pravo zadržanja postoji.<sup>27</sup> Jednako tako prijevoznik ne smije uskratiti obvezu prijevoza i predaje stvari pozivanjem na pravo retencije za trajanja ugovora o transportu, ali ako je po izvršenju transporta adresat propustio ili odbio preuzeti robu, ona se može retinirati. Na isti način se shvaća i nalog kod ugovora o špediciji. Isto tako, stvari predane posredniku s nalogom da ih ovaj preda trećoj osobi ne mogu biti retinirane budući da bi to bilo protivno prirodi naloga na temelju kojeg su stečene.

Od ovakvog isključenja prava retencije postoji zakonom predviđen izuzetak i to u slučaju nesposobnosti plaćanja dužnika koja rezultira olakšanjem položaja vjerovnika, pa se, pored ostaloga, isključuje i djelovanje čl. 896. st. 2.<sup>28</sup> Naime, čl. 897. koji regulira tzv. "nužnu retenciju" propisuje da razlozi isključenja postaju nebitni, ali samo ako je nemogućnost plaćanja nastala nakon predaje stvari, ili je vjerovnik tek tada za nju saznao. Ako je u trenutku predaje stvari znao za dužnikovu nesposobnost plaćanja, njegova je posebna obveza, odnosno nalog dužnika pravno obvezujući, jer je mogao odbiti ovakvu obvezu ili nalog, a pošto to nije učinio, smatra se da je pristao na isključenje retencije bez obzira na dužnikovu nesposobnost plaćanja.

Iz ovih je pravila jasno da švicarsko pravo zahtijeva da se posjed kao faktična vlast vjerovnika na predmetu retencije ne stječe niti vrši na način koji bi taj posjed činio neistinitim, dakle *vi, clam* ili *precario modo*. No, od pravila iz čl. 895. st. 1. po kojem se stvar mora nalaziti u posjedu vjerovnika uz pristanak dužnika ipak postoje određeni izuzetci. U nekim slučajevima, naime, zbog posebnih okolnosti nije moguće zahtijevati ispunjenje ovog uvjeta. Tako, primjerice, nalazač tuđe stvari, koji ima pravo retencije radi osiguranja potraživanja naknade eventualnih troškova vezanih za nalaz i čuvanje stvari, kao i naknade štete koju je pretrpio od stvari, te nagrade koja mu kao nalazaču pripada, svakako ne ispunjava uvjet da se stvar u njegovim rukama nalazi "uz pristanak dužnika".<sup>29</sup>

Jednako tako, odredbe čl. 700. ZGB utvrđuju pravo vlasnika nekretnine da retinira stvari koje su donesene na njegovo zemljište, ili su na njega dospjele slučajno ili

<sup>27</sup>Oftinger, *Das Fahrnispfand*, Isto, str. 407.sq.

<sup>28</sup> Osim, naravno, ako se radi o slučaju isključenja prava zadržanja na temelju posebne odredbe javnog prava.

<sup>29</sup> Vidi čl. 722. ZGB.

nepažnjom, a radi naplate potraživanja koja proizlaze iz štete prouzročene od takve stvari. U pogledu predmeta koji su dospjeli na njegovo zemljište on ima prava i obveze nalazača stvari, te je dužan omogućiti odnošenje stvari, uz isplatu naknade štete<sup>30</sup>. Definirajući štetu prouzročenu od stvari dospjele na zemljište, pravna teorija<sup>31</sup> je sklona širem shvaćanju pojma takve štete, te uključuje svaku štetu koja je na bilo koji način povezana sa stvari ili s njezinim dolaskom, odnosno odstranjivanjem sa zemljišta retinenta. Zakonodavac je posebnom normom priznao pravo zadržavanja stvari na ovaj način dospjelih na tuđe zemljište, upravo zbog toga što činjenično stanje u ovom slučaju ne zadovoljava temeljni uvjet iz čl. 895. ZGB, a to je posjed vjerovnika uz dopuštenje dužnika. Po svim ostalim pretpostavkama ovo je pravo zadržanja jednako onom iz opće norme.

Vrlo slična i utemeljena na istoj pravnoj logici je i odredba čl. 57. OR koja posjedniku zemljišta daje pravo da uhvati tuđe životinje koje su prouzrokovale štetu na njegovom zemljištu, i da ih zadrži kao jamstvo za naknadu štete koja mu se duguje.<sup>32</sup> I ovdje je posjed stvari nastao i vrši se protivno volji, odnosno bez dopuštenja dužnika, što je odstupanje od općeg pojma retencije. Zanimljivost ovog članka jest i odredba o pravu posjednika da ubije tako zadržane životinje, ako je to opravdano s obzirom na okolnosti slučaja.

Slična je situacija i s pravom retencije poslovođe bez naloga u švicarskom pravu (čl. 419. - 424. OR). Ukoliko se radi o poslovodstvu u interesu vlasnika posla, pravna teorija smatra da nezvani poslovođa ima pravo retencije za sve svoje zahtjeve koji proizlaze iz *actio contraria*, na koju ima pravo prema odredbama čl. 422. OR, iako zakon izričito ne propisuje postojanje prava retencije. Takav stav se opravdava potrebom izjednačivanja položaja ugovornog zastupnika i poslovođe bez naloga kod poslovodstva u interesu vlasnika posla.<sup>33</sup> No, ni ovdje, u pravilu, nije ispunjena pretpostavka iz čl. 895. ZGB da se predmet nalazi u posjedu retinenta voljom dužnika, pa se stoga ovdje može smatrati da se ne radi o retenciji predviđenoj u općim normama ZGB-a o retenciji, nego o posebnom slučaju prava zadržanja.<sup>34</sup> Kao pretpostavka za vršenje prava retencije od strane nezvanog poslovođe u teoriji se traži dobra vjera, tj. izostanak povrede povjerenja. Shodno tome, poslovođa koji pokazuje zlu vjeru (čl. 423. OR) ima pravo

<sup>30</sup> Više o tome vidi: Arthur Meier Hayoz, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum; 2. Teilband: Das Grundeigentum I*, Art. 655 - 679; Verlag Stämpfli & Cie, 1965, str. 117. sq.

<sup>31</sup> Oftinger, *Das Fahrnispfand*, Isto, str. 369; Oskar Brander, *Das Retentionsrecht*, Dissert. Zürich, 1933, str. 145. sq.

<sup>32</sup> Više o pravu retencije na životinji vidi: P. Engel, *Traite des obligations en droit suisse*, Edition Ides et Calendes, Neuchatel, 1990, str. 337. sq.

<sup>33</sup> Više o tome vidi: Georg Gautschi, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Maklervvertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag; Art. 407 - 424*, Verlag Stämpfli & Cie, 1964, str. 479. sq.

<sup>34</sup> Naravno, ako je u konkretnim okolnostima ispunjen ovaj uvjet, tj. ako se stvar nalazi u rukama poslovođe bez naloga voljom vlasnika posla, onda se radi se o pravu retencije prema općim pravilima ZGB.

samo na naknadu troškova do visine obogaćenja vlasnika posla, a kao osiguranje nema pravo retencije.

*b) Njemačko pravo*

Prema odredbama njemačkog BGB-a retiniranje stvari koja je objekt troškova, odnosno "uzročnik" štete isključeno je kada je retinent stvar stekao namjernom nedopuštenom radnjom.<sup>35</sup> Kao što se vidi, ovo isključenje proizvodi učinke samo za retiniranja pod pretpostavkama iz stavka 2. čl. 273., dok retencija definirana u st. 1. ostaje netaknuta. To znači da retinent koji retinira na način da uskraćuje svoju dugovanu činidbu, u slučaju da se činidba sastoji u predaji stvari može koristiti pravo retencije iako je do predmeta činidbe došao nedopuštenom radnjom.<sup>36</sup> Takvo tumačenje nesumnjivo je u skladu s činjenicom da je st. 2. predviđen kao izuzetak u odnosu na opću normu, ali je pitanje koliko je u skladu s temeljnim načelom prava zadržanja, a to je načelo savjesnosti i poštenja, i da li je takvo tumačenje zaista u skladu s pravom namjerom zakonodavca. Čini nam se da bi bilo opravdano zaključiti da se primjena ovog načela može proširiti i na pretpostavke primjene retencije iz prvog stavka, ali za to ne nalazimo odgovarajuću potvrdu u pravnoj literaturi.

Pravila BGB-a predviđaju ovaj izuzetak od prava zadržanja u čl. 273. st. 2. i u čl. 1000. koji regulira pravo retencije savjesnog posjednika tuđe stvari protiv zahtjeva vlasnika na povrat stvari. Oba pravila izrijeком zahtijevaju namjerno poduzetu nedopuštenu radnju stjecanja stvari, tako da samo nemarno postupanje neće dovesti do isključenja prava zadržanja. Očito je, dakle, da ni stjecanje posjeda stvari na način koji odgovara pretpostavkama za vršenje dopuštene samopomoći ne ispunjava zakonske uvjete za isključenje retencije, budući da se ni tu ne radi o namjerno nedopuštenoj radnji stjecanja posjeda. Nedopuštena radnja stjecanja posjeda može biti upućena protiv samog vlasnika stvari, ili protiv treće osobe.<sup>37</sup> Nedopuštenu radnju koja isključuje pravo zadržanja može poduzeti bilo sam vjerovnik, bilo njegov zastupnik.<sup>38</sup> Nedopuštenom radnjom svakako se smatra i prijevarno ponašanje vjerovnika koji je naveo dužnika da mu prepusti posjed stvari, ali s druge strane, ako je i dužnik koji zahtijeva stvar natrag, svojom voljom sudjelovao u izvršenju nedopuštene radnje, ne može se pozivati na propis o isključenju retencije.<sup>39</sup>

Prema tome, protupravno stjecanje posjeda stvari kao radnja koja predstavlja ozbiljnu povredu pravnog poretka, a naročito načela savjesnosti i poštenja, ne može

<sup>35</sup> U teoriji se ističe da je ovakvo pravilo usporedba s razmišljanjem zakonodavca u svezi s pravom kompenzacije, gdje se u čl. 393. BGB isključuje mogućnost kompenzacije s potraživanjem iz namjerno učinjene nedopuštene radnje. Više: Fikentscher W., *Schuldrecht*, Walter de Gryter, Berlin - New York, 1976, str. 240. sq.

<sup>36</sup> Takvo tumačenje nalazimo gotovo kod svih autora. Vidi: Soergel, *Kommentar zum burgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Das Schuldrecht I*, (Redact.: Mertens H.J.) Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart - Berlin - Köln, 1990, str. 550 - 551; Fikentscher: *Schuldrecht*, Isto, str. 241.

<sup>37</sup> L. Ennecerus, *Lehrbuch des Burgerliche Rechts*, (T. Kipp und M. Wolf) 1-3, Tübingen, 1952 - 1955, str. 362. sq.

<sup>38</sup> Soergel, *Kommentar zum BGB*, Isto, str. 550. sq.

<sup>39</sup> Isto.

dovesti do nastanka prava zadržanja koje svoje opravdanje nalazi upravo u zaštiti vjerovnika protiv nesavjesnog ponašanja dužnika. Istina, zakon ne zahtijeva da posjednik nije znao niti trebao znati da mu ne pripada pravo na posjed, ali bit prava retencije zahtijeva njegovu istinitost i stoga protupravna postupanja prilikom stjecanja i vršenja posjeda isključuju ovo ovlaštenje. Drukčije bi rješenje otvorilo put nekontroliranom vršenju privatne pravde i time bi retenciju pretvorilo u instrument duboko suprotan onim pravnim postulatima na kojima se inicijalno zasniva.

Ako je u konkretnom slučaju sporno je li vjerovnik posjed stvari stekao namjernom nedopuštenom radnjom, njemačka pravna znanost smatra<sup>40</sup> da odgovor može dati samo primjena načela savjesnosti i poštenja, odnosno da treba ispitati da li u tim okolnostima vršenje retencije predstavlja zlorabu prava,<sup>41</sup> pa ga shodno tome treba odbiti ili priznati. S druge strane pak, ukoliko postoji namjerno nedopušteno ponašanje ne samo na strani retinenta nego i na strani vlasnika koji traži povrat stvari, smatra se<sup>42</sup> da sukladno odredbi čl. 817. BGB,<sup>43</sup> i zbog povrede načela zabrane zloupotrebe prava od strane protivnika retencije, pravo zadržanja ostaje na snazi usprkos nedopuštenom stjecanju predmeta od strane retinenta.<sup>44</sup>

Osim ovog ograničenja retencije, odredbe čl. 273. st. 1. njezinu vršenju postavljaju i dodatan negativni uvjet, naime pravo zadržanja je moguće samo ako "ništa drugo ne proizlazi iz dužničkog odnosa."<sup>45</sup> Ovo isključenje, odnosno ograničenje prava zadržanja, može počivati izravno na zakonskoj odredbi,<sup>46</sup> bilo da se radi o odredbama građanskog prava ili neke druge grane prava.<sup>47</sup> Isto tako, može proizlaziti i iz ugovora stranaka, s tim što će to vrlo rijetko biti izričito ugovaranje isključenja prava zadržanja, ali iz određenih sporazuma stranaka može se ponekad zaključiti da su imale na umu uređenje svog odnosa na način koji isključuje pravo zadržanja. Ograničenje i isključenje prava

<sup>40</sup> Soergel, *Kommentar zum BGB*, Isto, str. 550. sq.

<sup>41</sup> Zloraba prava je u njemačkom pravu regulirana odredbama čl. 242. BGB

<sup>42</sup> Više o tome vidi: Ennecerus, *Lehrbuch des bürgerliche Rechts*, Isto, str. 363.

<sup>43</sup> Ovdje se primjenjuje pravilo postavljeno u drugoj rečenici čl. 817. BGB.

§ 817. BGB: War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zum Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

<sup>44</sup> Više o ovome vidi: Staudinger, *Kommentar zum BGB; III Band: Sachenrecht; I. Teil*, Berlin 1956, str. 815. sq.

<sup>45</sup> "... sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt,"

<sup>46</sup> Primjerice odredbe čl. 175. BGB isključuje pravo zadržanja na punomoći nakon prestanka ugovora o punomoćstvu; čl. 556/2. BGB u materiji ugovora o najmu isključuje pravo zadržanja najmoprimca na nekretnini protiv zahtjeva najmodavca.

<sup>47</sup> Više o pravnim propisima koji isključuju, odnosno ograničavaju pravo zadržanja, kao i o svim ostalim razlozima koji u njemačkom pravu opravdavaju primjenu ove zakonske odredbe, vidi: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz - Kommentare*, 55, *neubearbeitete Auflage*, Verlag C. H. Beck, München 1996, str. 323. sq.; Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1971, Isto, str. 249. sq.

retencije osnovu može nalaziti i u prirodi pravnog odnosa na kojemu bi se pravo zadržanja moralo utemeljiti. Kao kriterij pritom se uzimaju cilj i svojstva obveze dužnika ili svojstva predmeta obveze. Tako priroda dužničkog odnosa isključuje retenciju u slučaju da se radi o tzv. odnosima povjerenja (fiducijarne obveze, obveze skrbnika ili upravitelja, i sl.),<sup>48</sup> a ograničenje može proizlaziti i iz povrede načela savjesnosti i poštenja.<sup>49</sup>

Ako analiziramo ovu osnovu isključenja prava zadržanja u njemačkom civilnom pravu možemo osnovano zaključiti da se i ovdje može govoriti o tome da zadržavanje stvari ne smije biti suprotno nekoj prethodno preuzetoj obvezi vjerovnika, kao što je to u švicarskom pravu. Naravno, odredba BGB-a je mnogo šira no što je to odredba ZGB-a i odnosi se na veoma široku lepezu različitih slučajeva, ali se između ostalog može uzeti kao temelj odbijanja retencije u slučaju kada se posjed koji opravdava retenciju izvršava na način koji je suprotan prethodno preuzetoj obvezi od strane dužnika, dakle kada se vrši na način koji se može definirati kao vršenje posjeda *precario modo*.

Što se tiče odredaba njemačkog trgovačkog prava one izričito zahtijevaju da je objekt retencije stečen<sup>50</sup> "s voljom dužnika" ili njegova zastupnika, što znači da trgovačko pravo prihvaća rješenje identično onom u švicarskom pravu. Jednako tako HGB odredbama čl. 369. st. 3. isključuje nastanak prava zadržanja kada je to suprotno nalogu dužnika ili preuzetoj obvezi vjerovnika da s predmetom postupa na određeni način, što opet u potpunosti odgovara već spomenutom rješenju u švicarskom pravu.

Ako na kraju usporedimo ovdje izložene moduse isključenja retencije zbog manjkavosti u stjecanju posjeda u njemačkom i švicarskom pravu, dolazimo do vrlo interesantnih zaključaka. Uočljiva je razlika između rješenja njemačkog BGB-a s jedne, i njemačkog HGB-a i švicarskog ZGB-a s druge strane. Naime, HGB i ZGB izričito zahtijevaju da je stvar koja je objekt retencije stečena,<sup>51</sup> odnosno da se nalazi<sup>52</sup> u posjedu vjerovnika "s voljom dužnika" ili njegova zastupnika, dok njemački BGB isključuje retenciju samo na stvarima stečenim "namjernim nedopuštenim radnjama" dužnika. Odredbe HGB-a i ZGB-a time isključuju pravo retencije na samovlasno stečenim stvarima, bez obzira na to tko je izvršio samovlasno oduzimanje posjeda dužnika, sam vjerovnik ili neka treća osoba, dok se BGB ograničava samo na namjerne nedopuštene radnje retinenta. Osim toga, ZGB i HGB ovom širom formulacijom isključuju pravo retencije i onda kada je vjerovnik došao u posjed stvari preko treće osobe koja je na dopušten način stekla posjed dužnikove stvari, ali nije bila ovlaštena od strane dužnika da prenese posjed na vjerovnika, odnosno ako nedostaje naknadno ili prethodno odobrenje dužnika za takvo prenošenje posjeda od strane trećega. Ovakva

<sup>48</sup> Više o tome: Soergel, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, str. 550 sq.

<sup>49</sup> Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München 1976, str. 177; Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1996, str. 324. sq.

<sup>50</sup> Čl. 369. HGB.

<sup>51</sup> Tako čl. 369. HGB.

<sup>52</sup> Tako čl. 895. ZGB.

regulativa isključuje i retenciju na stvarima koje su slučajno došle u posjed vjerovnika,<sup>53</sup> te konačno isključuje pravo na retiniranje i ako je sam dužnik prenio posjed, ali u konkretnim okolnostima nije imao ovlaštenje da na vjerovnika prenese posjed određene stvari.<sup>54</sup>

Osim toga, prema odredbama HGB-a i ZGB-a volja dužnika mora biti upravljena baš na to da zasnuje posjed vjerovnika, iako može biti izražena na bilo koji način koji daje dovoljno osnove za zaključivanje da je dužnik kroz obavljanje poslova pristao na posjed vjerovnika, npr. volja izražena konkludentnim radnjama.<sup>55</sup> Ukoliko se radi o raspolaganjima putem pravnih poslova za valjanost izražene volje zahtijeva se poslovna sposobnost dužnika. Stoga, ako je stvar stečena od strane poslovno nesposobnog dužnika, smatra se da pravo retencije nije ni nastalo, pa prigovor protiv prava zadržanja ili zahtjev za povrat stvari ima djelovanje proglašenja takvog prijenosa nevažećim. Po istoj pravnoj logici, ako je pravni posao kojim je došlo do prijenosa posjeda iz bilo kojeg razloga proglašen apsolutno ništavim, učinci prava zadržanja ne nastaju jer se smatra da nema pravno relevantne izjave volje dužnika. Suprotno, ako ugovor kojim je stvar stečena bude proglašen poboynim, a posjed je već stečen voljom dužnika, takav posjed ostaje kao pretpostavka za vršenje prava zadržanja. Što se tiče određivanja trenutka u kojemu suglasnost dužnika mora postojati, očigledno je da je dovoljno da postoji u trenutku preuzimanja posjeda, odnosno da ne mora biti opet izražena u trenutku stjecanja prigovora retencije, bez obzira je li istaknut ili ne. To proizlazi iz činjenice što su ove norme upravljene na zaštitu dužnika protiv samovlasnog stjecanja posjeda od strane vjerovnika, ali ne mogu dati pravo dužniku da odbijanjem suglasnosti spriječi nastanak prava zadržanja. Naime, pravo zadržanja je ovlaštenje vjerovnika koje se temelji na zakonu, a ne na volji stranaka, i dužnik ne može, nakon što je već nastao posjed koji odgovara uvjetima za vršenje retencije, kada mu zaprijeti opasnost od isticanja ovog prigovora, svojom izjavom volje spriječiti nastanak zakonskog ovlaštenja vjerovnika.

Suprotno, naknadni pristanak dužnika ili njegova naknadna dozvola vjerovniku da vrši posjed na dužnikovoj stvari ima učinak uklanjanja nedostatka volje pri stjecanju posjeda prema odredbama švicarskog ZGB-a. Ovo pravilo predstavlja još jednu značajnu razliku u reguliranju isključenja retencije zbog manjkavosti posjeda između propisa BGB-a i HGB-a s jedne, i propisa ZGB-a s druge strane. Odredbe BGB-a i HGB-a zahtijevaju da je vjerovnik *stekao* posjed radnjom koja nije "namjerna nedopuštena radnja", odnosno da ju je stekao "voljom dužnika", dok odredbe čl. 895. ZGB-a zahtijevaju da se stvar *nalazi* u posjedu vjerovnika "uz volju dužnika". Posljedica ove razlike u formulaciji pravila je u tome da u švicarskom pravu dužnik može svojim naknadnim pristankom otkloniti manjkavost u načinu vjerovnikovog stjecanja posjeda, dok je to prema propisima njemačkog prava nemoguće.

<sup>53</sup> Više: Oftinger, *Das Fahrnispfand*, str. 364. sq.

<sup>54</sup> Primjerice, zabrana raspolaganja predmetima iz stečajne mase kao posljedica otvaranja stečajnog postupka nad imovinom dužnika.

<sup>55</sup> O slučajevima u kojima je volja izražena konkludentnim radnjama, više: Baumbach – Duden, *Handelsgesetzbuch*, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, München und Berlin 1959, str. 496. sq.

## c) Hrvatsko pravo

Naš ZOO ima veoma specifično rješenje ovog problema. On u čl. 287. isključuje retenciju ako je stvar "izašla iz posjeda dužnika protiv njegove volje."<sup>56</sup> podrazumijevajući pod tim, prema stavu pravne znanosti,<sup>57</sup> ne samo bilo kakvo samovlasno oduzimanje posjeda dužniku, kao što je krađa, prijevarena i sl., nego i stjecanje putem nevaljanih pravnih poslova. Ova odredba ide za tim da maksimalno zaštiti interese dužnika, budući da ne zahtijeva za isključenje zadržanja da je vjerovnik samovlasno, protiv volje dužnika oduzeo predmet i tako stekao posjed, nego isključuje retenciju u svakom slučaju kada je dužnik, djelovanjem bilo koje treće osobe ostao bez posjeda stvari protiv svoje volje. No, ovakav način određivanja razloga isključenja prava zadržanja strogo uzevši ne bi se mogao uvijek uvrstiti u manjkave načine stjecanja posjeda jer uopće ne apostrofira stjecanja posjeda od strane vjerovnika, nego gubitak posjeda od strane dužnika. Iako su te činjenice najčešće dvije strane istog događaja, to ne mora uvijek biti tako. Iz formulacije zakona proizlazi da je retencija isključena uvijek kada je stvar izašla iz posjeda dužnika protivno njegovoj volji, ne povezujući taj događaj ni na koji način sa savjesnim ili nesavjesnim ponašanjem retinenta. Bez obzira što će u praksi to najčešće biti upravo oduzimanje stvari dužniku od strane vjerovnika, tekst zakonske odredbe dopušta isključenje retencije u svakom slučaju kada je iz bilo kojih razloga i bilo čijom aktivnošću stvar koja je objekt retencije izašla iz posjeda dužnika protiv njegove volje.

Prema tome, činjenica savjesnog stjecanja posjeda od strane vjerovnika ne znači za njega i jamstvo da će moći vršiti pravo retencije na tako stečenoj stvari, i takvo pravilo onda znači veoma jaku zaštitu interesa dužnika jer isključuje retenciju na svim stvarima koje su izašle iz dužnikova posjeda protiv ili mimo njegove volje.

Gledano s tog aspekta, ova je norma za dužnika – protivnika retencije čak povoljnija od rješenja švicarskog ili njemačkog prava, odnosno ona ga štiti od prava na retiniranje u većem broju slučajeva no što to omogućavaju druga zakonodavstva. No, ovakva formulacija krije u sebi i jedno moguće tumačenje koje može biti u najmanju ruku sporno. Naime, ako na ovo pravilo primijenimo pravilo tumačenja *argumentum a contrario*, vjerovnik koji je samovlasno i nedopušteno došao do posjeda predmeta retencije, neće biti lišen prava na retiniranje prema svom dužniku ako takvo samovlasno stjecanje nije bilo upravljeno prema samom dužniku, nego prema nekom trećem koji je od dužnika dobio stvar s njegovom privolom, odnosno ako je "stvar izašla iz posjeda dužnika s njegovom voljom". Tako ovo pravilo sadrži u sebi paradoks koji se sastoji u tome da, iako njegove odredbe štite dužnika od svakog retiniranja predmeta koji su iz njegova posjeda izašli protiv dužnikove volje, s druge strane omogućava retenciju na stvarima koje je sam vjerovnik stekao nedopuštenim putem, pod uvjetom da su iz dužnikova posjeda izašli uz njegov pristanak. Vjerujemo da se osnovano može zaključiti

<sup>56</sup> To bi značilo da je isključena retencija na izgubljenim stvarima, pravo zadržanja životinje koja je počinila štetu na imovini drugoga, i sl.

<sup>57</sup> Vidi: B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, vlastita naklada, 1978, str. 1142.

da takvo tumačenje nije u skladu s namjerama zakonodavca, a još manje bi bilo u skladu s pravnim postulatima na kojima se temelji pravo zadržanja.

No, ako načas zanemarimo ovu nespretnost u formulaciji i analiziramo *ratio legis* ove odredbe, očito je da se rješenje ZOO-a u najvećoj mjeri približava onome koje nudi ZGB.<sup>58</sup> Zbog toga će ovakva odredba, kao što je to slučaj i u švicarskom pravu, u najvećem broju slučajeva isključiti, primjerice, pravo zadržanja vlasnika zemljišta na tuđoj životinji koja mu je počinila štetu. Ali, upravo radi takvog učinka ovog pravila, švicarsko je pravo posebnom normom u OR izrijekom predvidjelo pravo zadržanja za ovaj slučaj,<sup>59</sup> a jednako pravilo, normirano posebno iz istih razloga, nalazimo i u našem Zakonu o vlasništvu u čl. 106. st. 3. Što se pak tiče potraživanja poslovođe bez naloga, ili nalazača tuđe pokretne stvari, postavlja se pitanje isključuje li ova norma ZOO-a pravo zadržanja. To ovisi o tome da li prihvatimo uže ili šire tumačenje izraza "protiv volje." Ako ga tumačimo široko pa podrazumijevamo pod takvim određenjem i gubitak posjeda bez ikakve volje dužnika, pravo retencije bi bilo isključeno, a ako ga interpretiramo usko i ograničimo samo na gubitak protiv izričite volje dužnika, mogao bi se braniti stav da je retencija dopuštena.<sup>60</sup>

Sve ovo dodatno govori o tome da je nakana zakonodavca bila stvoriti pravilo jednako po učincima pravilu iz čl. 895. ZGB,<sup>61</sup> po kojemu se stvar mora nalaziti u posjedu vjerovnika "s voljom dužnika", no ostaje činjenica da nespretnost ovakve negativne formulacije ZOO-a može katkad izazvati, u najmanju ruku, nedoumice u tumačenju norme ili što je gore, dovesti do priznavanja retencije u situaciji kada se vjerovnik stvari domogao na nedopušten način. Budući da se može osnovano pretpostaviti da to nije bila namjera zakonodavca, ovakvu bi formulaciju zakona trebalo u svakom slučaju adekvatno izmijeniti.

## 2.2. Pravo zadržanja poštenog posjednika

I u sustavima koji prihvaćaju objektivno shvaćanje posjeda može se postaviti pitanje je li na retiniranje ovlašten samo pošten posjednik ili to pravo pripada i onome koji ne ispunjava ovaj zahtjev. Prema objektivnoj koncepciji posjeda, pošten je onaj posjednik koji ne zna niti bi uz dužnu pozornost morao znati da nema pravo na posjed. Analiza zakonskih odredaba koje reguliraju institut prava retencije ukazuje da zakonodavac u svim ovim sustavima zahtijeva isključivo istinitost posjeda retinenta, a ne i njegovu savjesnost i zakonitost. Prema tome, načelno posjed retinenta ne mora biti ni savjestan ni zakonit, ali, kao što je gore već objašnjeno, mora biti istinit.

<sup>58</sup> A udaljava se od rješenja njemačkog civilnog prava koje traži određeno zabranjeno ponašanje vjerovnika, i isto tako od njemačkoga trgovačkog prava koje zahtijeva volju dužnika da na vjerovnika prenese posjed stvari.

<sup>59</sup> Čl. 57. OR. Više vidi: Engel, *Traite des obligations en droit suisse*, str. 337.

<sup>60</sup> Kod posloводства bez naloga to pravo bi se ograničilo na nužno i korisno posloводство.

<sup>61</sup> O pravu zadržanja poslovođe bez naloga u švicarskom pravu više vidi: G. Gautschi, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag*, Verlag Stämpfli & CIE, Bern 1964; str. 479. sq; str. 514. sq.

No, to ne znači da i u ovim pravima, kao i u sustavima koji se temelje na subjektivnom shvaćanju posjeda, ne postoje posebna pravila za pravo retencije savjesnog posjednika protiv zahtjeva vlasnika na predaju stvari, a radi zaštite određenih potraživanja savjesnoga posjednika. Ali, u svim tim slučajevima radi se o pravilima koja predviđaju jedno posebno pravo zadržanja u korist savjesnog posjednika, a u sklopu pravila koja reguliraju odnos savjesnog posjednika i vlasnika stvari. Kao specifičan slučaj prava zadržanja ovo se pravo po nekim svojstvima i posljedicama razlikuje od općeg pojma retencije. Potpuno je jasno da dodjeljivanje ovog posebnog prava na retiniranje isključivo poštenom posjedniku ne znači da se za nastanak retencije u ostalim slučajevima zahtijeva savjesnost posjeda, već samo to da je savjesnost uvjet za stjecanje određenih potraživanja koja su onda zaštićena pravom retencije. Iako su rješenja u zemljama objektivnog shvaćanja posjeda i u pogledu ovog segmenta odnosa vlasnika i posjedna veoma slična, neke razlike ipak postoje.

a) *Švicarsko pravo*

U švicarskom pravu članci 939. i 940. ZGB uređuju pitanja prava posjednika u situaciji kada vlasnik traži predaju svoje stvari. Čl. 939.<sup>62</sup> regulira položaj savjesnog posjednika tuđe stvari i to na način da posjednik može odbiti predaju stvari dok mu ne budu naknađeni iznosi nužnih i korisnih troškova koje je imao na stvari. Za ostale troškove stavak 2. mu uskraćuje pravo naknade, ostavljajući mu samo *ius tollendi*, a naravno nema ni prava zadržanja.<sup>63</sup> Čl. 940.<sup>64</sup> uređuje položaj nesavjesnog posjednika, pa u stavku 2. određuje da će takav posjednik imati pravo samo na naknadu onih troškova koji bi bili nužni i za vlasnika stvari. Ovaj propis ne spominje izričito pravo zadržanja nesavjesnog posjednika radi osiguranja potraživanja troškova na koje ima pravo, već se ograničava samo na utvrđenje opsega potraživanja nesavjesnog posjednika koji je očito mnogo uži no što je to slučaj kod savjesnog posjednika.

Zbog toga što zakon ne spominje izričito pravo zadržanja nesavjesnog posjednika, u dijelu pravne teorije susreće se mišljenje da nesavjesni posjednik ne može uskratiti

<sup>62</sup> Art. 939: Verlangt der Berechtigte die Auslieferung der Sache, so kann der gutgläubige Besitzer für die notwendige und nützlichen Verwendungen Ersatz beanspruchen und die Auslieferung bis zur Ersatzleistung verweigern.

Für andere Verwendungen kann er keinen Ersatz verlangen, darf aber, wenn ihm ein solcher nicht angeboten wird, vor der Rückgabe der Sache, was er verwendet hat, wieder wegnehmen, soweit dies ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann.

Die vom Besitzer bezogenen Früchte sind auf die Forderung für die Verwendungen anzurechnen.

<sup>63</sup> Tuor P.- Schnyder B. - Schmid J., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl.*, Schulthess Polygraphischer Verlag, AG, Zürich 1995, str. 626. sq.

<sup>64</sup> Art. 940: Wer eine Sache in bösem glauben besitzt, muss sie dem Berechtigten herausgeben und für allen durch die Vorenthaltung verursachten Schaden sowie für die bezogenen oder versäumten Früchte Ersatz leisten.

Für Verwendungen hat er eine Forderung nur, wenn solche auch für den Berechtigten notwendig gewesen wären.

Solange der Besitzer nicht weiss, an wen er die Sache herausgeben soll, haftet er nur für den Schaden, den er verschuldet hat.

vlasniku predaju stvari do isplate naknade troškova na koje ima pravo, odnosno da je to prerogativa isključivo savjesnog posjednika.<sup>65</sup> No, u pravnoj teoriji postoji i stajalište da se i na potraživanje nesavjesnog posjednika mora analogno primijeniti odredba iz čl. 939. st. 2., te i takvo potraživanje osigurati pravom zadržanja. Opravdanje analogne primjene odredbe čl. 939. st. 2. nalazi se u činjenici da odredbe ova dva članka treba tumačiti kao jedinstveni institut koji regulira prava posjednika tuđe stvari, te da odredba čl. 940. st. 2. samo određuje obujam troškova na koje nesavjesni posjednik ima pravo, a da se u svemu ostalom mora primijeniti temeljno pravilo postavljeno u čl. 939. Osim ove argumentacije, koja se temelji na *ratio legis* propisa, ističe se da i jezična formulacija odredbe čl. 940. st. 2. upućuje na analognu primjenu pravila iz čl. 939. st. 2., budući da u čl. 940. st. 2. zakonodavac, govoreći o pravu naknade troškova, zapravo upućuje na odredbu čl. 939. st. 2., ograničavajući pravo nesavjesnog posjednika "samo" na dio troškova određenih u čl. 939. st. 2.<sup>66</sup> Čini se da je ovakvo tumačenje odredbe čl. 940. st. 2. bolje utemeljeno od onog koje odbija pravo zadržanja nesavjesnom posjedniku, ne samo radi u teoriji navedene argumentacije nego i stoga što je gotovo identično rješenje prisutno i u njemačkom pravu koje je u materiji posjeda prihvatilo ista pravila kao i švicarsko pravo, pa nema nekakva posebnog razloga da se u ovom segmentu instituta razlikuju.

No, bez obzira koje gledište prihvatimo, ostaje pitanje pravne prirode ovog ovlaštenja (poštenog) posjednika tuđe stvari. Treba naglasiti da je to pitanje i danas donekle nejasno budući da pravna teorija izbjegava da se o tome izričito izjasni.<sup>67</sup> No, ipak postoje određene naznake da se u ovom slučaju radi o tzv. obveznom pravu zadržanja.<sup>68</sup> Neke od tih naznaka su čisto formalne prirode, npr. činjenica da zakonodavac regulirajući ovo specifično pravo zadržanja ne koristi uobičajeni termin "*Retentionsrecht*", nego govori o pravu da se stvar "uskрати, ne preda,"<sup>69</sup> a pravna teorija objašnjavajući ovo ovlaštenje koristi termin "*Zürückbehaltungsrecht*", koji je inače uobičajen u njemačkom pravu u kojem retencija uglavnom ima obveznopravno, a ne stvarnopravno djelovanje kakvo je karakteristično za pravo retencije švicarskog prava. Naravno, sama terminologija ne može odrediti pravnu prirodu nekog instituta, ali i to samo po sebi nešto govori o namjeri i stavu zakonodavca i pravne teorije.

Ono o čemu je pravna teorija suglasna jest činjenica da se u ovom slučaju ne radi o pravu retencije iz čl. 895. ZGB,<sup>70</sup> što je očito budući da nisu ispunjeni neki od

<sup>65</sup> Tako vidi: Tuor - Schnyder - Schmid, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, str. 626; Oftinger, *Das Fahrnispfand*, str. 399.

<sup>66</sup> Takav stav izražava: Emil W. Stark: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band IV: Das Sachenrecht; 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch; 1. Teilband: Der Besitz; 2. Lieferung: Art. 926. - 941. ZGB*; Verlag Stämpfli & Cie, Bern, str. 206-214.

<sup>67</sup> Neki teoretičari se izriječno izjašnjavaju o tome da ovo pravo nije stvarnopravno pravo retencije u skladu s čl. 895. ZGB ali ne govore ništa o njegovoj prirodi. Vidi: Oftinger: *Das Fahrnispfand*, str. 399.

<sup>68</sup> Više o tzv. obveznom pravu zadržanja vidi: Oftinger: *Das Fahrnispfand*, str. 400.

<sup>69</sup> "*verweigern*"

<sup>70</sup> Vidi više o tome: Emil W. Stark, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band IV: Das Sachenrecht; 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch; 1. Teilband: Der Besitz; 2. Lieferung: Art. 926. - 941. ZGB*; Verlag Stämpfli & Cie, Bern, str. 203. sq.

osnovnih uvjeta koje ovaj pojam retencije zahtijeva. Tako ova vrsta prava zadržavanja postoji i na nekretninama, što je po odredbi čl. 895. izričito isključeno. Ono postoji i na stvarima koje se ne mogu izložiti procjeni i unovčenju, što kod stvarnopravne retencije isključuju odredbe čl. 896. ZGB. Ovakvo je odstupanje od pravila koja vrijede za retenciju moguće zbog činjenice što ovo pravo ne daje mogućnost prodaje stvari i namirenja iz cijene prema pravilima založnog prava, što je inače jedno od osnovnih obilježja retencije. Ono daje samo pravo da se vjerovnik naknade troškova usprotivi zahtjevu za predaju stvari. On se, kao ovlaštenik prava zadržavanja, smatra jačim posjednikom. Za vrijeme zadržavanja stvari on je ovlašten i na korištenje tužbe zbog smetanja posjeda, kako protiv trećih, tako i protiv dužnika troškova.

Prema tome, navedene karakteristike instituta očito ukazuju da se radi o pravu koje ne udovoljava svim uvjetima postavljenim u općim normama o pravu zadržavanja. Ono je, s jedne strane, povoljnije za vjerovnika jer mu pruža šire mogućnosti vezano za objekt zadržavanja, ali je, s druge strane, lišeno najvažnijeg prerogativa retencije, a to je pravo namirenja iz stvari. Prema svojim obilježjima ne spada u potpunosti ni u jednu od ove dvije skupine prava zadržavanja. Posjeduje neke karakteristike stvarnopravnog djelovanja (npr. pravo na posjedovnu zaštitu; mogućnost suprotstavljanja trećima), ali ne u onom opsegu kako to predviđaju norme čl. 895. - 898. ZGB. U usporedbi s tzv. obveznim pravom zadržavanja postoje izvjesne sličnosti u djelovanju, no očito je da ga se ne može svoditi na mogućnost uskrate dužne činidbe, pogotovo što njegov temelj nije sinalagmatični nesvršeni ugovor, nego činjenica posjeda stvari i uz nju vezanog potraživanja troškova. No, bez obzira na ove nedoumice, sigurno je da se radi o izdvojenom slučaju prava zadržavanja koje je po svojim efektima veoma blisko tzv. obveznopravnoj retenciji.

Ono što je za ovo razmatranje od značenja jest činjenica da je u ovom slučaju jedan od bitnih uvjeta za stjecanje prava zadržavanja, onda kada se dodjeljuje savjesnom posjedniku prema odredbama čl. 939. st. 2., činjenica savjesnosti njegova posjeda. Pravo potraživanja troškova temelji se upravo na savjesnosti posjeda, pa logično i retinirati stvar može samo savjesni posjednik, ali to ne znači da se uvjet savjesnosti posjeda proteže i na ostale slučajeve u kojima švicarsko pravo dodjeljuje vjerovniku zaštitu prava zadržavanja, bilo to ono opće pravo stvarnopravnog djelovanja, bilo tzv. obvezno pravo zadržavanja koje se ograničava na pravo uskrate dužne činidbe. Savjesnost posjeda je uvjet za stjecanje potraživanja troškova posjednika na stvari, i samo utoliko je ova karakteristika posjeda posredno i uvjet za stjecanje retencije i stoga se ne može nikako proširivati na ostale slučajeve.

#### *b) Njemačko pravo*

Pravo retencije posjednika protiv zahtjeva vlasnika na predaju stvari i u njemačkom civilnom pravu ponešto je specifično u odnosu na opće pravo zadržavanja. Čl. 1000. BGB<sup>71</sup> određuje da posjednik može uskratiti predaju stvari dok ne bude zadovoljeno

<sup>71</sup> Čl. 1000. BGB: "Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

njegovo zakonom priznato potraživanje naknade troškova. Osim toga, ova odredba propisuje da pravo zadržanja ne postoji kada je posjednik do stvari došao namjerno počinjenom nedopuštenom radnjom. Ovo posebno pravo zadržanja koje zakon dodjeljuje posjedniku tuđe stvari kao prigovor protiv zahtjeva vlasnika da mu stvar bude predana, po osnovnim pretpostavkama odgovara pravu retencije obveznopravne prirode, kakvo je predviđeno odredbama čl. 273. i 274. BGB. Ali, posebna odredba čl. 1000. je ipak bila potrebna budući da se ovo ovlaštenje razlikuje od općeg pojma retencije u zahtjevu dospelosti potraživanja koje osigurava. Prema odredbama čl. 273. pravo zadržanja nastaje samo radi zaštite dospjelih potraživanja retinenta. Ako bismo to pravilo primijenili na odredbe čl. 994.<sup>72</sup> i 1001. BGB, posjednik se ne bi mogao koristiti pravom zadržanja, budući da obveza vlasnika na naknadu troškova priznatih u čl. 994. prema odredbama čl. 1001.<sup>73</sup> nije dospjela dok vlasnik stvar ne dobije natrag ili ne prizna troškove koje je posjednik imao na stvari.<sup>74</sup> Stoga je za zaštitu ovih potraživanja bilo nužno posebno pravo retencije koje ne zahtijeva dospelost vjerovnikovog potraživanja.

Naravno, u svim ostalim pretpostavkama primjenjuju se i ovdje odredbe općeg prava retencije,<sup>75</sup> pa pravo posjednika postoji samo dok zaista ima posjed stvari, što znači da gubitkom posjeda i njegovim ponovim stjecanjem jednom izgubljeno pravo ne oživljava, a potraživanja troškova napravljenih prije gubitka posjeda, mogu se ishoditi samo tužbom. Posjednik nema pravo zadržanja ako "... drukčije proizlazi iz obveznog odnosa" (čl. 273. st. 1), što i ovdje znači da vršenje retencije ne smije biti suprotno posebnoj ugovornoj obvezi, niti načelu savjesnosti i poštenja<sup>76</sup> ili javnom interesu. Ograničenje ili isključenje retencije posjednika može proizlaziti i iz posebne odredbe zakona. Tako, primjerice, čl. 556. st. 2. BGB izričito isključuje pravo zadržanja najmoprimca nekretnine kao zaštitu njegovih potraživanja prema najmodavcu po

<sup>72</sup> Čl. 994. BGB određuje za koje troškove posjednik ima pravo naknade prema vlasniku.

"Čl. 994: Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen.

Macht die Besitzer, nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

<sup>73</sup> Čl. 1001: Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, dass er die wiedererlangte Sache zurückgibt. Der Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer der ihm von dem Besitz unter Vorbehalt des Anspruches angebotene Sache annimmt.

<sup>74</sup> Tako: Ludwig Ennecerus: *Lehrbuch des bürgerliche Rechts; (begründet von L. E.)* Theodor Kipp und Martin Wolf, *Band III*, Tübingen 1952 - 1955, str. 362. sq.

<sup>75</sup> Više vidi: Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch; III Band: Sachenrecht; Familien und Erbrecht; §§ 854 - 2385; Achte, neu bearbeitete Auflage*; W. Kohlhammer Verlag; Stuttgart und Köln 1955, str. 198.

<sup>76</sup> Suprotnim savjesnosti i poštenju smatra se tako u pravoj teoriji isticanje prava retencije na stvari veće vrijednosti radi osiguranja potraživanja neznatnih troškova. Vidi: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1996, str. 983.

prestanku ugovora o najmu.<sup>77</sup> Isto tako, i na retenciju iz čl. 1000. primjenjuje se pravilo o isključenju prava ako vjerovnik ponudi dovoljno osiguranje.

I ovo specijalno pravo zadržanja je, prema gledištima pravne znanosti,<sup>78</sup> ovlaštenje koje ima pretežno obveznopravnu narav, ali se može efikasno suprotstaviti ne samo vlasniku, kada zahtijeva predaju stvari, nego i svim trećim osobama. To stoga što zahtjev za predaju, makar je zasnovan na stvarnom pravu, ne može ukloniti pravo retencije savjesnog posjednika budući da je ono utemeljeno na koneksnom protuzahtjevu prema odredbi čl. 273. st. 2, tj. na potraživanju troškova nastalih povodom stvari koja je objekt prava zadržanja.<sup>79</sup> No, između retencije iz čl. 273. i retencije koja se temelji na odredbama čl. 1000. postoji još jedna značajna razlika i to u djelovanju. Naime, posjednik koji retinira tuđu stvar radi zaštite potraživanja naknade troškova nastalih u svezi s retiniranom stvari, ima dodatno ovlaštenje u odnosu na retinenta u ostalim slučajevima retencije civilnog prava, a to je mogućnost namirenja iz retinirane stvari, shodno odredbama čl. 1003,<sup>80</sup> a prema propisima koji vrijede za namirenje iz založene stvari. Time je retencija poštenog posjednika po učincima izjednačena s retencijom u njemačkom trgovačkom pravu.

Što se tiče kvalitete posjeda koja je osnova za retenciju, analiza odredbe čl. 1000. pokazuje da se pravo retencije kao sredstvo zaštite potraživanja troškova daje svakom vjerovniku koji po zakonu ima pravo na troškove, bez obzira je li savjestan ili ne. Naravno, pravila BGB-a koja reguliraju pravo posjednika tuđe stvari na naknadu troškova od vlasnika stvari,<sup>81</sup> prave razliku između položaja savjesnoga i nesavjesnog posjednika. Tako savjesni posjednik ima pravo na naknadu nužnih troškova<sup>82</sup> u koje

<sup>77</sup> Isključenje prava zadržanja najmoprimca po posebnoj odredbi čl. 556. st. 2. BGB zastupa u pravnoj teoriji Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1996, op. nav., str. 983. (isto tako i ranija izdanja istog komentara), dok se u starijoj teoriji može susresti mišljenje da odredba čl. 556. st. 2. ne isključuje pravo zadržanja iz čl. 1000. Vidi: Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1955, str. 198.

<sup>78</sup> Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1996, op. nav., str. 1177.

<sup>79</sup> Više o načinu obračuna visine troškova koji su povećali vrijednost stvari kad je posjednik investirao u nekretninu koju je imao u najmu, vidi: NJW, 1995/40; Entscheidungen - Zivilrecht BGH (BGH Urt. v. 14. 7. 1995 - V ZR 45/94, Dresden), str. 2627.

<sup>80</sup> Odredbe čl. 1003. BGB daju pravo posjedniku da pozove vlasnika stvari, uz naznaku zahtijevanog iznosa troškova, da se u određenom roku izjasni priznaje li takve troškove. Nakon proteka roka, ako priznanje troškova nije dano, posjednik je ovlašten na zadovoljenje potraživanja iz predmeta retencije prema propisima o prodaji zaloga, a za nekretnine prema propisima o prinudnoj prodaji na nekretninama. Ospori li vlasnik stvari zahtjev posjednika prije isteka ostavljenog roka, posjednik ima pravo na namirenje iz stvari tek pošto je, nakon pravosnažnog utvrđenja iznosa troškova, vlasniku ostavio primjereni naknadni rok za izjašnjavanje, pa je i taj rok bezuspješno protekao. Pravo na zadovoljenje iz stvari je isključeno kada je vlasnik pravodobno priznao zahtijevane troškove.

<sup>81</sup> Ova je materija regulirana u odredbama čl. 994-998. BGB.

<sup>82</sup> Čl. 994. st. 1: Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen.

spadaju i troškovi oslobođenja stvari od tereta.<sup>83</sup> Osim toga, savjesni posjednik ima i pravo na naknadu korisnih troškova pod uvjetom da su povećali vrijednost stvari, i to u vrijeme kada vlasnik dobiva stvar natrag.<sup>84</sup> Nesavjesni pak posjednik ima u skladu s odredbom čl. 994. st. 2. pravo na naknadu nužnih troškova prema pravilima koja vrijede za posloводство bez naloga.<sup>85</sup> Pravila o poslovodu bez naloga u odredbama čl. 683. BGB (prva rečenica) određuju da poslovođa bez naloga ima pravo na naknadu troškova prema pravilima koja vrijede za nalogoprimca pod uvjetom da poduzimanje posla odgovara interesu ili stvarnoj ili vjerojatnoj volji vlasnika posla.<sup>86</sup> Na naknadu korisnih troškova nesavjesni posjednik nema pravo ni u kojem slučaju.<sup>87</sup>

Pravo retencije iz čl. 1000. pripada svakom posjedniku koji ima pravo naknade troškova od vlasnika stvari, bez obzira na njegovu savjesnost ili nesavjesnost. Iako obujam troškova na čiju naknadu posjednik ima pravo ovisi o njegovoj savjesnosti odnosno nesavjesnosti, jamstvo retencije se daje i jednom i drugom posjedniku. Njemačko pravo očigledno polazi od pretpostavke da je dovoljna "kazna" za nesavjesnost posjednika znatno suženje obujma troškova koji mu se naknađuju i da nema nikakvog realnog opravdanja i pravo zadržanja vezivati uz savjesnost posjeda. To je posve sigurno posljedica činjenice da se nesavjesnost posjeda definira kao svijest posjednika o tome da nema pravo na posjed, što po samoj prirodi stvari ne mora značiti da je posjednik ujedno postupao na način koji predstavlja neki od težih oblika povrede načela savjesnosti i poštenja. Ako pak postoje takve teže povrede savjesnosti, odredbe čl. 1000. izričito isključuju pravo retencije posjednika kao sredstvo zaštite njegova potraživanja troškova, budući da ne može retinirati posjednik koji je stvar stekao namjerno počinjenom nedopuštenom radnjom. Ovo je isključenje potpuno identično isključenju iz odredbe čl. 273. st. 2. koja regulira pravo zadržanja na stvarima, i zapravo se može postaviti pitanje je li ovakva posebna odredba bila potrebna kad namjerna nedopuštena radnja stjecanja posjeda isključuje retenciju u njemačkom pravu u svakom slučaju. No, budući da čl. 1000. dodjeljuje jedno posebno pravo zadržanja koje se od općeg pojma ipak donekle razlikuje, vjerojatno je zakonodavac htio ponovnim apostrofiranjem ove zabrane isključiti svaku mogućnost da se ova odredba

<sup>83</sup> Čl. 995: Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentlichen Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind.

<sup>84</sup> Čl. 996: Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt.

<sup>85</sup> Čl. 994. st. 2: Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht der Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

<sup>86</sup> Čl. 683: Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen der Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

<sup>87</sup> Vidi odredbe čl. 996.

tumači u svim segmentima kao posebno pravilo, neovisno o općem pojmu retencije, odnosno da se ovo specifično pravo zadržanja dopušta i u situaciji kada je ponašanje vjerovnika suprotno savjesnosti i poštenju.

Iz svega rečenog proizlazi da je savjesnost posjeda i u njemačkom pravu samo jedan od preduvjeta za stjecanje određenih potraživanja troškova i time posredno i preduvjet za stjecanje prava zadržanja koje štiti ta potraživanja, ali da se ona ni u kojem slučaju ne može shvaćati kao uvjet koji mora zadovoljiti svaki posjednik koji pretendira na korištenje retencije.

### c) Hrvatsko pravo

Ako na kraju razmotrimo rješenja hrvatskog prava vezana za pravo retencije posjednika tuđe stvari, vidimo da se ona značajno razlikuju od pravila koja vrijede u njemačkom i švicarskom pravu, iako je i naše pravo prihvatilo objektivno shvaćanje posjeda. Prema odredbama čl. 164. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, pošten posjednik može tražiti naknadu za nužne i korisne troškove koje je imao, te stvar zadržati dok mu ne budu naknađeni. Nepošteni posjednik pak, prema odredbama čl. 165. st. 3. i 4. istog zakona, ima pravo naknade troškova koji bi bili nužni i vlasniku, ali prema izričitoj odredbi zakona nema pravo zadržati stvar dok mu ne budu naknađeni troškovi. Interesantno je napomenuti da je i bivši Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima u čl. 38. na isti način rješavao ovo pitanje, iako nije imao izričitu odredbu o isključenju prava zadržanja nesavjesnoga posjednika, ali se takav stav vrlo jasno izvodio tumačenjem odredaba zakona.

Ono što u svezi s ovim rješenjem posebno privlači pozornost jest činjenica da naše pravo, regulirajući položaj nesavjesnog posjednika, prihvaća rješenje koje se znatno razlikuje od rješenja njemačkog, a jednako tako i švicarskog prava, pod uvjetom da prihvatimo stajalište da se u švicarskom pravu odredba o pravu retencije poštenog posjednika analogno primjenjuje i na nepoštenog posjednika. Naš zakon ne samo da pravi razliku u obujmu potraživanja troškova na koje ima pravo nesavjesni u odnosu na savjesnog posjednika nego mu *expressis verbis* uskraćuje i pravo zadržanja kao sredstvo osiguranja tog potraživanja. Time zakon prihvaća rješenje koje je karakteristično za sustave koji se temelje na subjektivnom shvaćanju posjeda, i u kojima se posjedniku daje pravo zadržanja kao osiguranje naknade troškova na stvari, ali samo pod uvjetom da je posjed savjestan. Drugim riječima, zakon koji prihvaća modernu, objektivnu koncepciju posjeda u uređenju prava posjednika na naknadu troškova prihvaća rješenje koje je karakteristično za sustave utemeljene na tradicionalnom, subjektivnom shvaćanju posjeda. Prema tome, iako možemo osnovano zaključiti da je i u našem pravu, kao i u njemačkom i švicarskom pravu, činjenica savjesnosti posjeda jedan od uvjeta stjecanja određenih potraživanja naknade troškova, pa da konzekventno samo posredno može biti i uvjet za stjecanje posebnog prava retencije koje osigurava ta potraživanja, očito je da naš zakonodavac tom uvjetu daje bitno drukčiju težinu no što to rade njemačko i švicarsko pravo. Nesavjesnost posjeda ne lišava posjednika samo određenih potraživanja troškova na koje bi inače imao pravo, nego mu oduzima i pravo retencije kao sredstvo zaštite onih potraživanja na koje ima pravo unatoč nesavjesnosti. Ovakvo rješenje znači iznimku od pravila ZOO-a koja

reguliraju opći pojam prava zadržanja ne zahtijevajući savjesnost posjeda retinenta, već samo da stvar nije izašla iz posjeda dužnika protiv njegove volje.<sup>88</sup> Taj se zahtjev, naravno kao opće pravilo, primjenjuje i na pravo retencije posjednika iz čl. 147. Zakona o vlasništvu, ali zakon inzistira i na uvjetovanosti retencije daljnjom kvalitetom posjeda, odnosno na njegovoj savjesnosti. To znači da ukoliko ovo posebno pravo zadržanja promatramo kao izdvojeni institut koji se razlikuje od općeg pojma retencije iz ZOO-a, savjesnost posjeda postaje nužno njegov *conditio sine qua non*.

Bez obzira na razloge koji su mogli navesti zakonodavca da se opredijeli za ovakvo rješenje, vezivati pravo retencije za činjenicu savjesnosti posjeda<sup>89</sup> čini nam se pretjerano strogo prema posjedniku tuđe stvari kao vjerovniku potraživanja naknade troškova vezanih za stvar. Ako zakon već daje i nepoštenom posjedniku pravo naknade troškova i sužava znatno njihov opseg u odnosu na poštenog posjednika, čini se da nema nikakvog razloga da i on ne bude zaštićen pravom zadržanja kao vjerovnik jednoga valjanog i zakonom priznatog potraživanja. Njegovo je potraživanje zaštićeno pravom na tužbu, a nije zaštićeno jednim znatno slabijim sredstvom kao što je pravo zadržanja. Isključenje prava zadržanja je potpuno opravdano u situaciji kada je posjed neistinit, tj. stečen silom, potajno, prijevarom ili zloporabom povjerenja,<sup>90</sup> jer se u tom slučaju radilo o načinima stjecanja vlasti na stvari koji su protupravni i nepravično je davati vjerovniku pravo da na njima temelji svoje ovlaštenje retiniranja. Ali iz same činjenice znanja posjednika da nema pravo na posjed stvari koju drži, izvlačiti zaključak da on ne bi smio imati pravo zadržanja, ne samo da nema dubljeg opravdanja budući da se radi o valjanom i utuživom potraživanju nego je i u suprotnosti s osnovnim intencijama instituta retencije. Pravo zadržanja je i zamišljeno kao ovlaštenje vjerovnika koji ne niječe osnovanost prava dužnika da zahtijeva povrat stvari. On samo koristi jednu faktičnu situaciju držanja tuđe stvari da bi izvršio pritisak na dužnika da ispuni njegovo isto tako valjano i osnovano potraživanje.

Uvjetovati pravo retencije savjesnošću posjeda znači ograničavati njezino polje primjene, jer se u praksi retencijom najčešće koristi upravo vjerovnik koji u svojim rukama drži stvar dužnika, i odbija njezin povrat znajući da više nije ovlašten na posjed stvari,<sup>91</sup> ili na posjed nije nikada ni bio ovlašten.<sup>92</sup> Stoga držimo da se savjesnost posjeda i ovdje može zahtijevati jedino kao preduvjet za stjecanje određenih potraživanja, ali ne i prava zadržanja kao sredstva osiguranja priznatih potraživanja.

Naravno, propisi čl. 164. i 165. Zakona o vlasništvu su *lex specialis* u odnosu na odredbe ZOO-a o pravu zadržanja, jer se primjenjuju samo na ograničeni krug zahtjeva

<sup>88</sup> Ne smije se smetnuti s uma pri ovakvim razmatranjima već spomenuta činjenica da je ZOO donesen u vrijeme važenja romanske koncepcije posjeda, tako da je zakonodavac zapravo pravo retencije osigurao detentoru tuđe stvari.

<sup>89</sup> Čl. 18. st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima definira poštenog posjednika kao onoga koji u trenutku stjecanja posjeda nije znao niti trebao znati da mu ne pripada pravo na posjed. Poštenje prestaje čim posjednik sazna da mu ne pripada pravo na posjed.

<sup>90</sup> Vidi čl. 18. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

<sup>91</sup> Npr. zakupoprimalac ili najmoprimalac nakon prestanka odnosa najma i zakupa, depozitar ili posudovnik nakon opoziva itd.

<sup>92</sup> Npr. nalazač tuđe stvari, poslovođa bez naloga, obogaćeni kod stjecanja bez osnova itd.

i nema nikave pravno-tehničke prepreke da zakonodavac ovdje uporabi strože kriterije u dodjeljivanju prava retencije, ali mislimo da je takav stav suviše oštar prema posjedniku i da nepotrebno sužava njegova prava. Osim toga, kao što je gore već naglašeno, takvo rješenje nije konzistentno s rješidbama koje su prihvaćene u ostalim pravnim sustavima koji se temelje na objektivnom shvaćanju posjeda. Istina, nalazimo ga u austrijskom, talijanskom i francuskom pravu koja prihvaćaju subjektivno shvaćanje posjeda. No, čak se i u tim pravima, posebno u francuskom i talijanskom pravu, već duže vrijeme upućuju ozbiljne zamjerke pojedinim zakonskim propisima ili stavovima sudske prakse onda kada inzistiraju na dobroj vjeri ("*bona fide*", "*bone foi*") kao uvjetu za vršenje retencije.<sup>93</sup> Ističe se da pojam nedostatka savjesnosti, odnosno dobre vjere treba u ovom kontekstu tumačiti usko i svoditi ga isključivo na grube oblike povrede savjesnosti koji se manifestiraju u nedopuštenim načinima stjecanja faktične vlasti na stvari, a nikako ne obuhvaćaju savjesnost u užem smislu, tj. saznanje posjednika (detentora) o tome da nema pravo vlasništva na stvari.<sup>94</sup>

#### IV. Zaključak

Zaključujući ovu analizu posjeda kao elementa nužnog za nastanak prava na retiniranje, potrebno je svakako podsjetiti da je problem faktične vlasti na predmetu retencije ovim tek djelomično obrađen budući da se rad bavio samo jednim njegovim aspektom, a to je veza posjeda stvari i stjecanja prava retencije, dok mnoga pitanja kao što je, primjerice, problem prestanka retencije zbog prestanka posjeda, mogućnost njenog oživljavanja ponovnim stjecanjem posjeda, posjedovna zaštita retinenta, mogućnosti tzv. dematerijalizirane retencije koja ne zahtijeva nužno posjed u klasičnom smislu riječi, ostaju nužno izvan dosega ovih razmatranja.

S obzirom na sve izneseno u svezi s problemom posjeda retinenta na objektu retencije u sustavima objektivnog shvaćanja posjeda, a oslanjajući se na rješenja koja su razvili propisi njemačkoga i švicarskog prava, držimo da je uputno upozoriti još jednom na neke moguće korekcije u našem postojećem uređenju ovog aspekta retencije. Tako smatramo da je u prvom redu potrebno terminologiju koju ZOO rabi u definiranju ovlaštenja na retiniranje prilagoditi objektivnoj koncepciji posjeda, odnosno umjesto sintagme "onaj tko drži stvar u svojim rukama" govoriti o "posjedniku" stvari koja je objekt retencije. Naime, prihvaćanjem objektivnog shvaćanja posjeda koje otklanja mogućnost da se i detentor pojavljuje u ulozi retinenta prestaje potreba da formulacija pravne norme obuhvati i ovu kategoriju osoba. Osim toga, treba voditi računa i o

<sup>93</sup> Tako vidi: H. et L. Mazeaud - J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome troisième, Premier volume: Suretés - Publicité foncière*, Ed. Montchrestien, Paris 1968, str. 114. sq.

<sup>94</sup> Ovakav je stav sve više prisutan i u francuskoj sudskoj praksi koja ističe da se pravo zadržanja dodjeljuje uvijek prekarnom detentoru, bez obzira što on zna da mora vratiti stvar njenom vlasniku. Dovoljno je da detentor drži stvar po bilo kojem pravnom osnovu, koji mu u naravi daje stvar dobrovoljno na dispoziciju. To znači da uvjeti za vršenje prava zadržanja nisu ispunjeni jedino ako je vjerovnik do stvari došao na način koji je neregularan, i jedino u tom slučaju mu retenciju treba uskratiti. Više vidi: *Jurisprudence française n matière de droit civil; Revue trimestrielle du droit civil*, 1976, str. 164. sq.

činjenici da prema objektivnom shvaćanju posjeda i posredni posjednik može biti retinent, pa tim više formulacija iz zakona postaje neadekvatna.

Osim toga, način na koji je ZOO isključio pravo retencije zbog manjkavosti u vjerovnikovu stjecanju posjeda na stvari dužnika, može, kako je gore obrazloženo, dovesti do nejasnoća i pogrešnih interpretacija. Umjesto da se naglasak stavlja na način na koji je dužnik izgubio posjed stvari, držimo da bi bilo bolje apostrofirati kao odlučujuće za isključenje retencije nesavjesno ponašanje vjerovnika, tj. izričito isključiti retenciju u situaciji kada je objekt retencije vjerovnik stekao protiv ili mimo volje dužnika. Još bolje, trebalo bi adekvatnom zakonskom formulacijom omogućiti dužniku da naknadnim pristankom na vjerovnikov posjed "izliječi" ovaj nedostatak, tj. njegovu retenciju isključiti samo onda ako se stvar dužnika "*nalazi* u posjedu vjerovnika mimo ili protiv volje dužnika."

Konačno, s obzirom na pravnu prirodu retencije kao sredstva osiguranja pravom priznatih potraživanja, držimo da je vrijedno razmisliti i o tome da se i u našem pravu posebno pravo retencije poštenog posjednika proširi i na ona potraživanja koja Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima jamči nesavjesnom posjedniku, tj. onom koji zna da nema pravo na posjed, naravno samo ukoliko su ispunjene ostale pretpostavke za nastanak retencije. Time bi se usvojilo rješenje koje je prihvaćeno u zakonodavstvima utemeljenim na modernom, objektivnom shvaćanju posjeda, a napustilo rješenje kakvo postoji u romanskim pravima i austrijskom pravu.

## ON POSSESSION AS AN ELEMENT OF THE RIGHT OF RETENTION WITHIN AN OBJECTIVE CONCEPT OF POSSESSION

### Summary

In this paper the author examines the problem of possession as one of the elements required for the right of retention in the legal systems based on the so called German concept of possession. The creditor's possession of the object of the right of retention is one of the fundamental characteristics of this right, which reflects its legal nature as one of the instruments of the creditor's permissible self-help. But, any possession cannot be the basis for the right of retention. It must be acquired according to the law, namely it cannot be acquired against the owner's will, and in some circumstances it must be possession in good faith. The problems which may arise in relation to different kinds and characteristics of possession are to a certain extent differently solved in different legal systems. Some provisions of the Croatian law are in that aspect open to criticism, and this paper offers possible solutions for several controversial points which may arise in connection with the problem of possession as one of the requirements for the right of retention.