

## ŠTA SE ŠTITI U POSESORNOM POSTUPKU? O POJMU I PRIRODI DRŽAVINE (POSEDA)

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

UDK: 347.251.01  
Izvorni znanstveni rad  
Primljeno: studeni 2012.

*Polazište analize pojma i pravne prirode državine su deset pojava (počev od dodira sa stvari do nasledničke državine) koje se sreću u oba kontinentalnoevropska koncepta državine. Legalna definicija državine kao faktičke vlasti nema veliku upotrebnu vrednost. Raznovrsnost slučajeva državine i njenih funkcija, a ni klasični način definisanja nisu prepreka za jedinstveni pojam. On je bolje rešenje nego usko definisati državinu, a druge pojave odrediti kao fikcije državine ili ih pravno izjednačavati sa njom. Autorova funkcionalna definicija nije, kako objašnjava, ni tautološka, a ni smetnja u delu u kom je negativna. Faktička vlast nije specifikum pravne ustanove državina. I ona, kao i neke druge stvarnopravne ustanove, spaja faktičko sa pravnim. Jedna njena osobenost je promenljiva priroda prava na državinu, dok su stvarnopravne prirode pravo na zaštitu državine i pravo isključenja trećih od uticaja na državinu. Autor eksplicira pravo isključenja trećih, koje se ne navodi u zakonodavstvu, praksi i teoriji, a koje je vezivni član između državine i prava na zaštitu državine. Iz neuočavanja da to pravo postoji proističe i tvrdnja da se u posesornom postupku štiti državina tj. fakt, a ne pravo, dok se u stvari štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu.*

*Ključne reči: predmet zaštite u posesornom postupku, pojam državine, faktička vlast, pravna ustanova državina, pravo isključiti treće.*

Napis se bavi posjedom (državinom), pojmom koji je umnogome sporan i o kome se u mnogome ne zna šta je. I sam će napis, sva je prilika, mnogima biti

---

\* Dr. sc. dr. h.c. Vladimir V. Vodinelić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, Goce Delčeva 36, Beograd (Srbija).

sporan. Zato ga sa izvesnom zebnjom posvećujem jubilaru, prof. Mihajlu Dika, o kome se zna i ko je i šta je i koji je, štaviše, nesporan pojam u pravnoj nauci. Ali je nesporna i od srca i moja želja jubilaru: na mnogaja ljeta i još mnogaja dela!

## I. NESPORNI SPOR

Zgodno je, inače, rad početi tvrdnjom da izabrana tema nije pobudila zasluženu pažnju u nauci. Sopstveno pregnuće time dobija na značaju. Za državinu (posed)<sup>1</sup>, međutim, doista se ne može reći da spada među zanemarene teme. Čak ni u pogledu osnovnih pravnoteorijskih pitanja! A ni autori, kad su sebi davali na značaju<sup>2</sup>, nisu to činili tako što su jadikovali zbog zapuštenosti teme nego, naprotiv, ističući njenu težinu koja opstaje uprkos rekordnom interesu koji ona tako dugo pobuđuje. Iz takvog interesovanja proistekle su čitave biblioteke. Ne samo da ima brojnih dela u literaturi civilnopravnih velesila, u kojima su, uostalom, i nastale sve glavne teorije<sup>3</sup> već i male pravne književnosti mogu da se legitimišu radovima o tim očigledno toliko provokativnim pitanjima.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Još uvek se u propisima Srbije zna naći da se “posed” upotrebljava kao sinonim za “državinu”, npr., u čl. 85., 90., 213., 222. Zakona o izvršenju i obezbeđenju (Službeni glasnik RS, br. 31/11, 99/11).

<sup>2</sup> Što Savigny nije propustio da im zameri, v. Von Savigny, F. C., *Das Recht des Besitzes (Eine civilistische Abhandlung)*, Gießen, 1803., str. 1.

<sup>3</sup> Pregled shvatanja o tome da li je državina fakt ili pravo v., npr., kod Jenny, K., *Der Besitzbegriff (nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch)*, Zürich i dr., 1915., str. 22 sqq.; Wesener, G., *Ius possessionis*, u: Medicus, D. et al. (ur.), *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976., str. 159, fn. 2. i 3; Stark, E. W., u: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Bd. IV. Sachenrecht. 3. Abt. 1. Teilbd. Der Besitz, Art. 919 - 941 ZGB*, Bern, 1984., str. 46; Hartung, F., *Besitz und Sachherrschaft*, Berlin, 2001., str. 32 sqq., 51 sqq.; Lurger, B.; Faber, W., *Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq)*, Munich, 2011., str. 316 sqq. Pregled shvatanja o tome šta je razlog posesorne zaštite v. kod Wieling, H., *Grund und Umfang des Besitzschutzes*, u: Harder, M. et al. (ur.), *De iustitia et iure*, Festgabe für U. v. Lübtow zum 80. Geburtstag, Berlin, 1980., str. 568 sqq.; Hedinger, M. P., *System des Besitzrechtes*, Bern, 1985., str. 55 sqq.; Hartung, F., *op. cit.* u bilj. 3, str. 37 sqq.; Sosnizza, O., *Besitz und Besitzschutz (Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht)*, Tübingen, 2003., str. 32 sqq.; Müller, T., *Besitzschutz in Europa (Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft)*, Tübingen, 2010., str. 225 sqq.

<sup>4</sup> U Srbiji je o tim pitanjima napisano bar sledeće: Geršić, G., *Priroda državine i osnova njene zaštite (sa kritičkim pogledom na naš Građanski zakonik)*, Beograd, 1886.; Jovano-

U okviru toliko razmatrane državine tri su pitanja najrazmatranija i sva tri su osnovna: pojam državine, priroda državine i razlog državinske (posesorne) zaštite. Kako u pozitivnim pravima, tako i u pravnoj nauci čvrsto su zastupljena bitno različita poimanja toga šta državina jeste. Kad je sam pojam državine toliko sporan, ni opredeljenja pravne prirode ne mogu biti manje različita, pošto su umnogome određena time šta se smatra državinom. I o razlogu državinske zaštite sporno je sve što bi moglo biti sporno: da li je cilj jedan ili ih je više, kakav je odnos između ciljeva, ima li glavnog ili glavnih, a drugih sporednih, a stanje kontroverze takođe nije bez povezanosti sa opredeljenjem o prva dva pitanja. Čak i najveći su imali teškoće s tim pitanjima, pa i menjali mišljenja.<sup>5</sup> Ukratko, malo toga je nesporno o državini u pogledu osnovnih pitanja. Ali je bar nesporno da je sporno.

## II. POLAZIŠTE

### a. Metodološka raskršća

Kao i mnogi drugi večiti teorijski sporovi, tako i ovaj, jedan deo svoje dugovečnosti zahvaljuje nekorektnom načinu na koji je vođen. Ovo je već treći vek u kome se intenzivno raspravlja o jednako formulisanim pitanjima: šta je državina, šta je njena pravna priroda, a šta razlog zaštite, a da se iza opredeljenja o stalno istovetno formulisanim pitanjima kriju, u stvari, stalno različiti

---

vić, M. P., *Državina – njena zaštita i održaj (Kritički pregled doktrine da državina nije nikakvo pravo)*, Beograd, 1925.; Marković, L., *O pojmu državine*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 2, 1993., str. 283; Niketić, G., *O pravnome karakteru državine*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-2, 2006., str. 689 *sqq.*; Vukčević, V. P., *Smetanje državine*, Beograd, 1974.; Čelić, D. M., *Pojam državine i njena zaštita*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Prištini, br. 10, 1995., str. 243 *sqq.*; Čelić, D. M., *Poreklo i osnov samostalne zaštite državine*, Pravna riječ (Časopis za pravnu teoriju i praksu), br. 28, 2011., str. 117 *sqq.*; Kovačević-Kuštrimović, R., *Državina prema Srpskom građanskom zakoniku i Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru*, u: *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1884-1994, zbornik radova)*, Niš, 1996., str. 149 *sqq.*; Popov, D., *Konceptije o državini*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Novom Sadu, br. 1-3, 2000. - 2001., str. 75 *sqq.*; Popov, D., *Državina prava u pravnom sistemu Srbije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Novom Sadu, br. 2, 2004., str. 163 *sqq.*

<sup>5</sup> F. C. v. Savigny je državinu isprva (od 1. izdanja *Das Recht des Besitzes* (cit. u fn. 2), 1803.) smatrao faktom da bi kasnije (u 6. izd., 1837., str. 26; 7. izd., 1864., str. 43 *sqq.*) izrekao kako je ona i fakt i pravo; cilj zaštite državine isprva je (u prvih pet izdanja) video kao zaštitu pretpostavljene svojine držaoca, a potom (u 6. izd., str. 41 *sqq.*; 7. izd., 1864., str. 55 *sqq.*) kao zaštitu ličnosti držaoca odn. njegove volje.

načini na koji se ona nastoje rešiti. Ako se, npr., ne razlikuje imanentna od transcendirajuće kritike ili se polazi od različitih učenja o definiciji, naročito ako se kao definicija prihvata samo klasična definicija<sup>6</sup> ili ako se, kao što je to bilo u 19. veku, odgovori traže polazeći od rešenja rimskog prava, dok se u 20. veku i potom polazi od drugačijeg pozitivnog prava, a u prvi plan izbija pravopolitička perspektiva<sup>7</sup>, tad metodološka razilaženja doprinose lošoj beskonačnosti rasprave. (Istina, mada je svako takvo vođenje rasprave bezizgledno, bilo je korisno utoliko što je izoštrilo saznanja o raznim komponentama ustanove.) U ovom radu, u kome se obrađuje pojam i priroda državine, zato ću se prvo jasno opredeliti od kojih ću pojava polaziti propitujući pojam i prirodu državine (b.2.a).

## b. Pojave koje se nazivaju državinom

Oba kontinentalnoevropska koncepta (modela, konstrukta) državine<sup>8</sup> određena su tako da u primeni svakog od njih ostaje još dovoljno neodređenosti i nejednoobraznosti u nastojanju da se stekne potpuna predstava o tome šta je sve državina (1). Kao opipljiviju osnovu za analizu smatram, zato, one životne pojave koje se sreću kao zajedničke konceptima državine uprkos njihovoj pravononstrukcijskoj različitosti (2).

### 1. Nejasnoće u primeni subjektivnog i objektivnog koncepta državine

a. Tzv. subjektivni koncept državine, potekao iz rimskog prava, a potom različito modifikovan tokom istorije i u raznim sredinama, počiva na zajedničkoj pandektističkoj formuli: *corpus + animus = possessio*. *Corpus* kao držanje, vlast u pogledu stvari (*le corpus*, *Innehabung*, *Besitzcorpus*); *animus* kao volja određene sadržine (*l'animus*, *Besitzwille*). Ova pregnantna zajednička strukturna formula

<sup>6</sup> Vidi primer pod III.b.3. u tekstu kod fn. 40.

<sup>7</sup> Na to skreće pažnju Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 226, 245. Caterina, R., *Concepts and remedies in the law of possession*, *Edinburgh Law Review*, vol. 8, 2004., str. 272, konstatuje da evropski teoretičari često razmatraju državinu na osnovu rimskog prava, ignorišući činjenicu da sudovi primenjuju pravna sredstva za zaštitu državine koja nisu rimskog porekla, i da opšta teorija o državini često nije na pravcu konkretne stvarnosti državinske zaštite.

<sup>8</sup> O državini u *common law*, tj. u Engleskoj, v. Harris, D. R., *The Concept of Possession in English Law*, u: Guest, A. G. (ur.), *Oxford Essays in Jurisprudence (A Collaborative Work)*, Oxford, 1961., str. 69 *sqq.*, a iz ugla kontinentalnoevropskog pravnika v. u uporednopravnoj studiji Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 164 *sqq.*

sprovedena je, međutim, u razna vremena i u raznim sredinama u različitim modalitetima tako da ne živi u vidu samo jedne podele na vrste državnine, ni samo jednog razgraničenja državnine od nedržavnine odn. pritežanja. Evo kako to izgleda na primeru Francuske i Austrije, dok ostali modaliteti subjektivnog koncepta samo još usložnjavaju razlike.<sup>9</sup>

U Francuskoj predmet državnine je stvar shvaćena na tradicionalni, rimski način, bilo kao telesna (državnina stvari), bilo kao bestelesna (državnina prava). Državnina je držanje ili upotreba neke stvari ili prava koju držimo, odn. koje vršimo sami ili koju drži, odn. koje vrši drugi u naše ime (čl. 2228. CC, sada 2255.). Međutim, uže od toga, po dominantnoj interpretaciji državnina je posredi samo kad uz objektivni element (*corpus*), preduzimanje radnji koje se ispoljavaju kao vršenje svojine, bilo da se pravo doista ima ili ne, postoji i subjektivni element (*animus*), volja da se time vrši svojina. Ako pak takve volje nema pri preduzimanju radnji, a ponašanje i volja lica odgovara drugim stvarnim pravima ili obligacionim pravima, posredi je pritežalac stvari (*détenteur précaire*, čl. 2236. CC, sada 2266.), a ne držalac. Pojam državnine je proširen kvaziposesijom (*la quasi-possession*) u slučajevima kad radnje koje odgovaraju nekom ograničenom stvarnom pravu (ne i obligacionom) prati volja da se to pravo vrši.<sup>10</sup>

U Austriji držalac stvari (*Sachbesitz*, § 309. ABGB) je onaj ko stvar drži s voljom da je drži kao svoju, bila ona njegova ili ne, dok državinu prava (*Rechtsbesitz*, §§ 311., 312. ABGB) ima onaj ko u pogledu stvari neko pravo vrši kao svoje, imao ga ili ne, ako se, kako je to precizirano u sudskoj praksi i pravnoj nauci, to ponašanje ponavlja, odn. uspostavi određeno stanje, kao, npr., kod zakupa, službenosti, zadržavanja prava svojine uprkos predaji kupcu, zaloge, prijema isporuka vode, električne energije i dr. po dovodnim ugovorima i sl. Državinu nema pritežalac, tj. ko stvar drži vršeći na tuđoj stvari neku

<sup>9</sup> U novije vreme se u maniru subjektivnog koncepta izrazio i nacrt knj. VIII o prenosu svojine na pokretnostima DCFR-a (*Draft Common Frame of Reference – Book VIII, Transfer of Movables*), verzija iz 2006., čl. 1:207., st. 1.: “držalac je lice koje fizičku vlast na nepokretnosti vrši s voljom da to čini kao vlasnik”; st. 2.: pritežalac je vrši “s voljom da je drži za držaoca u skladu sa posebnim odnosom o kome su se saglasili on i držalac, a koji pritežaoocu daje pravo da drži (priteže) pokretnost u sopstvenom interesu”. Ni u jednoj od država bivše Jugoslavije novo zakonodavstvo nije se vratilo subjektivnom konceptu negdašnjih građanskih zakonika.

<sup>10</sup> Npr., Carbonnier, J., *Droit civil. Les Biens*, Paris, 1991., str. 200 *sqq.*; Malaurie, P.; Aynès, L., *Cours de droit civil. Les biens. La publicité foncière*, Paris, 2002., str. 145 *sqq.*; Voirin, P.; Goubeaux, G., *Droit civil. Tome 1. Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, Paris, 2009., str. 291 *sqq.*

obavezu, a ne pravo (npr. čuvar), ko vrši neka prava na stvari kao tuđoj (npr., nalazač tuđe stvari, retinent), kome je do opoziva omogućeno da drži stvar (prekarista).<sup>11</sup>

U Francuskoj postoje nejasnoće u zakonskom tekstu i razilaženje u praksi i teoriji da li je *corpus* faktička vlast na stvari (*detention d'une chose*) ili je faktičko izvršavanje sadržine nekog prava, a da za to nije potrebna faktička vlast na samoj stvari, da li je državinski *animus* samo volja stvar držati kao svoju ili i volja da se stvar drži u sopstvenom interesu što se može i kad se stvar drži kao tuđa vršeci sadržinu ograničenih stvarnih prava, ponašajući se kao imalac kog drugog prava, da li je moguća državina prava na imaterijalnim dobrima.<sup>12</sup> Razlike u razgraničenju između držaoca i pritežaoaca nisu opterećujuće budući da (od 1975. g. i izmene čl. 2282., st. 2. CC, sada 2278.)<sup>13</sup> i pritežalac uživa posesornu zaštitu. U Austriji je nejasnoća zakonskog teksta prevaziđena umnogome jednoobraznim razlikovanjem pojmova državina stvari, državina prava i pritežanje, ali se neujednačenost tiče kruga slučajeva državine prava, naročito zbog toga što nema opšte saglasnosti o tome da li objektivni element iziskuje faktičku vlast na stvari ili se sastoji u faktičkom izvršavanju sadržine prava. Zato je sporna državina onih prava koja se sastoje u tome da se po tzv. dovodnim ugovorima ponovljeno prima određena činidba (isporuka plina, vode, električne energije i dr.). Neujednačenost i time neodređenost opterećuje razgraničenje između držaoca prava i pritežaoaca pošto iste situacije (npr., kod retencije, ostave, prava na imaterijalnim dobrima) neki smatraju državinom prava, a drugi pritežanjem.<sup>14</sup>

b. Tzv. objektivni koncept državine, formulisan tek u kasnoj fazi pripreme BGB uoči njegovog donošenja<sup>15</sup>, državinu definiše kao faktičku vlast u pogle-

<sup>11</sup> Up., npr., Ehrenzweig, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. I. Bd. 2. Hälfte. Das Sachenrecht*, Wien, 1957., str. 53 sqq.; Spielbüchler, K., u: Rummel, P. (ur.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd.*, Wien, 2000., str. 469 sqq.; Koziol, H.; Welsch, R.; Kletečka, A., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien, 2006., str. 257 sqq.; Eccher, B., u: Koziol, H. at al. (ur.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien, 2007., str. 285 sqq.

<sup>12</sup> V. lit. u fn. 10 i sažetu analizu kod Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 113 sqq.

<sup>13</sup> Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile, Journal officiel de la République française (JORF), 10.07.1975, str. 7076.

<sup>14</sup> O svemu v. lit. u fn. 11.

<sup>15</sup> Tek u 2. nacrtu 1894. - 1895. Up. detaljno kod Schubert, W., *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (Ein Beitrag zur Entstehung des BGB)*, Berlin, 1966., str. 57 sqq.; Schwake, J., *Zur Entwicklung des Besitzbegriffs im*

du stvari, što se u nekim propisima (ne i u BGB) i izričito kaže (npr., čl. 919., st. 1. ZGB).<sup>16</sup> BGB (§ 854.) i ZGB (čl. 919.) jednu vrstu državine (državina stvari, *Sachbesitz*) opisuju kao faktičku vlast na stvari. Faktička vlast na stvari predstavlja svojinsku, odn. samostalnu državinu (*Eigenbesitz*, § 872. BGB, odn. *selbständiger Besitz*, čl. 920.) ako odgovara pravu svojine, a inače (dakle, kad odgovara, npr., zakupu, posluži i dr.) upotrebnu, odn. nesamostalnu (*Fremdbesitz*, nasuprot § 872. BGB, odn. *unselbständiger Besitz*, čl. 920. ZGB). Faktička vlast na stvari može, nadalje, biti neposredna ako je držalac vrši na samoj stvari, kad se zove neposrednom državinom (*unmittelbarer Besitz*, § 855. BGB) ili posredna kad je držalac vrši posredstvom drugog lica koji je vrši na samoj stvari, kad se zove posredna državina (*mittelbarer Besitz*, § 868. BGB). Od državine stvari razlikuje se državina prava (*Rechtsbesitz*): izvršavanje sadržine određenih prava, uglavnom stvarnih službenosti (§§ 1029., 1090. BGB; čl. 919., st. 2. ZGB) jer se smatra da držalac tad, za razliku od držaoca koji se ponaša kao vlasnik, zakupac, poslugoprimac i dr., nema faktičku vlast na stvari samoj nego vrši sadržinu prava. Nikakvu državinu nema državinski pomoćnik, lice koje faktičku vlast na stvari vrši sledeći obavezujuća uputstva držaoca (*Besitzdiener*, § 855. BGB).

Neodređenost i neujednačenost prati i ovaj koncept čija je polazna formula (državina = faktička vlast) još i pregnantnija nego u subjektivnom konceptu. Neodređenost se ispoljava generalno, kao temeljna nesaglasnost o tome šta je uopšte faktička vlast na stvari i kad postoji.<sup>17</sup> Osim toga, državina prava ne odnosi se na ista prava u raznim porecima. Npr., BGB govori samo o uknjiženim stvarnim službenostima i iregularnim servitutima (§§ 1029., 1090., st. 2. u vezi sa § 1029.), ZGB (čl. 919., st. 2) osim službenosti obuhvata i realne

---

19. Jahrhundert unter dem Einfluß Savignys, Göttingen, 1984., str. 138 sqq.; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 125 sqq.; Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 39 sqq.

<sup>16</sup> Verzija iz 2007. g. nacrta knj. VIII o sticanju i prestanku svojine na pokretnostima DCFR-a napustila je subjektivni u korist objektivnog koncepta državine (čl. VIII-1:205. – 208.), v. Von Bar, C. *et al.* (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, 2009., str. 422 sqq.; Lurger, Faber, *op. cit.* u fn 3, str. 4 sqq., 316 sqq. Čl. VIII-1:205., st. 1.: “Državina ...znači imati neposrednu ili posrednu fizičku vlast na pokretnosti.” Zakoni bivših jugoslovenskih država usvajaju taj koncept državine, neki kombinujući (i terminološki) rešenja BGB i ZGB. Pada u oči da se, kao ni novi propisi država negdašnjeg SSSR-a, pisani na tragu BGB, uglavnom nisu odmakli od njega u pogledu nivoa regulisanja: ne sadrže rešenja za ona pitanja državine koja se u Nemačkoj i druge intenzivno raspravljaju posle donošenja BGB-a do danas.

<sup>17</sup> O čemu kasnije, pod III.a.2.

terete, a u srpskoj teoriji se državinom prava smatra<sup>18</sup> ponašanje koje odgovara vršenju i drugih prava, stvarnih (osim svojine) i obligacionih, koja se vrše u vidu faktičke vlasti na stvari mada taj stav nema podršku u ZOSPO koji kao i BGB navodi samo stvarne službenosti (čl. 70., st. 3.). Neodređenost je i u tome što se uglavnom uzima da se državina prava ne odnosi ni na sve stvarne službenosti (i iregularne servitute) nego, kako glasi vladajuće tumačenje preširokog zakonskog teksta, samo na negativne jer u slučaju pozitivnih posredi je državina stvari (državina dela nepokretnosti ili sudržavina nepokretnosti) pošto držalac ima faktičku vlast na stvari vršeci radnje na tuđoj nepokretnosti.<sup>19</sup> Osim toga, nije jasno postavljeno ni učvršćeno razgraničenje između držaoca i ne-držaoca, naročito tzv. kratkotrajnih držalaca (*Kurzbesitz*).<sup>20</sup> Potom, mada se koncept naziva objektivnim zato što se u definicijama pojmova uopšte ne javlja volja, ni danas nema jedinstva o mestu volje u materiji državine.<sup>21</sup>

## 2. Državina kao oznaka za faktičke i pravne pojave

Dva niza pojava, vidno različitih po svojoj prirodi, nose u propisima, literaturi i praksi obaju koncepata oznaku – državina. Jedno su pojave koje su faktičke prirode (a), a druge su pravne prirode (b).

### a. Pojave faktičke prirode: činjenica i skup činjenica

Sledeće pojave koje predstavljaju uvek neku činjenicu, odn. skup činjenica, pojavu realnog, materijalnog sveta, označavaju se kao državina u raznim državama. Neke od tih pojava terminološki su neutralne, tj. nemaju neku posebnu oznaku bez obzira na to koji koncept državine je usvojen u određenoj državi.

<sup>18</sup> Pod uticajem O. Stanković u: Stanković, O.; Orlić, M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1981., str. 38 *sqq.*

<sup>19</sup> Vidi sa upućivanjima Beermann, C., *Besitzschutz bei beschränkten dinglichen Rechten (Eine Untersuchung zum Rechtsbesitz: Versuch der Rechtfertigung eines verkannten Instituts aus rechtshistorischer Sicht)*, Münster, 2000., str. 121 *sqq.*; Sosnizza, *op. cit.* u fn. 3, str. 31 *sqq.*

<sup>20</sup> Up., sa upućivanjima kod: Enders, P., *Der Besitzdiener – Ein Typusbegriff*, Baden-Baden, 1991., str. 65 *sqq.*; Niggli, W. R., *Der Besitz - ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, Basel, 1993., str. 14 *sqq.*; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 126 *sqq.*

<sup>21</sup> Upućivanja o razilaženju u tome u Švajcarskoj kod: Niggli, *ibid.*, str. 12, a u Nemačkoj kod: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 181 *sqq.*, 109 *sqq.*, 112 *sqq.* W. R. Niggli, *ibid.*, str. 171, 176 *sqq.*, uključuje volju u definiciju državine, a ne samo u definicije neke njene vrste (kako se to često čini u pogledu svojinske državine).



Druge pojave su ovde označene izrazima koji se upotrebljavaju u državi u kojoj je usvojen određeni (ili subjektivni ili objektivni) koncept državine. Ali, kao i one prve, terminološki neutralne pojave, tako su i ove pojave, tj. ono što je njima označeno, podjednako moguće kao određena činjenica, odn. skup činjenica i u državama u kojima je prihvaćen drugačiji koncept državine. Sveukupno imaće se u vidu kao državina sledeće faktičke pojave<sup>22</sup>; one tvore većinu pojava imenovanih državinom: 1) bliski prostorni odnos sa stvari, npr., stanovati u kući, voziti automobil, nositi odeću i sl.; 2) postojanje aktuelne mogućnosti da se uspostavi takva veza sa stvari, npr., državina automobila ostavljenog u garaži, stana u drugom gradu, preko terminala pristupiti podacima pohranjenim u centralnom računaru i sl.; 3) samo prolazna nemogućnost da se stupi u odnos sa stvari, npr., državina oštećenog automobila za vreme dok je nastradali u bolnici, poplavljene kuće, zagubljene stvari i sl.; 4) postojanje okolnosti koje same ukazuju da je neko ostvario faktičku vlast na stvari, npr., državina cepanica složenih u šumi za razliku od razbacanog pruća, uglja istovarenog pred podrumom za razliku od komadića ispalih iz kamiona i sl.; 5) voljno prepuštanje faktičke vlasti na stvari nekome ko prenosiocu priznaje jače pravo na njoj, npr., državina bicikla datog susedu da se njime posluži, prstena datog poveriocu radi obezbeđenja potraživanja, tepiha koji prijatelj nosi pomažući nam pri unošenju stvari kod selidbe i sl. (uglavnom tzv. posredna državina i tzv. dvostruka državina); 6) efikasno naređivanje drugome (pritežaoцу, državinskom pomoćniku) šta da čini sa stvari, npr., državina poslodavca na stvarima prema kojima zaposleni postupa po instrukcijama poslodavca (naredbodavna, zapovedna državina); 7) efikasna zabrana drugome da preduzima određene radnje na stvari, npr., da gradi na svom zemljištu ili uzdržavanje nekoga na osnovu sporazuma od preduzimanja određene radnje na stvari, npr., uzdržavanje od gradnje na jednoj nepokretnosti po sporazumu s vlasnikom druge nepokretnosti radi očuvanja vidika (tzv. državina prava stvarne službenosti); 8) ponovljeno primanje tuđih radnji, npr., isporuke vode, električne energije, elektronskih impulsa, podataka i dr. (tzv. državina dovođenja); 9) da je ostavilac do časa smrti imao državinu, tj. da se u pogledu stvari do tad nalazio u jednoj od prethodno opisanih situacija i da je neko njegov naslednik makar i ne znao za ostavioca, nasleđivanje ni za samu stvari, npr. državina nakita koji

<sup>22</sup> Vodinić, V. V., *Državina*, u: Stanković, O. (ur), *Leksikon građanskog prava*, Beograd, 1996., str. 135 sqq. Istovetno zatim i Rašović, Z. P., *Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Podgorica, 1999., str. 306; Rašović, Z. P., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002., str. 38 sqq.; 2005., str. 38 sqq.

je pripadao ostaviocu, stana koji je ostavilac dao u zakup i sl. (tzv. naslednička državina); 10) uknjiženost u zemljišnoj knjizi prava na nepokretnosti, npr. uknjižba prava svojine na stanu, plodouživanja na voćnjaku i sl. bez obzira na to ko doista vrši faktičku vlast na stvari (tzv. tabularna državina).

*b. Pravne kategorije: pravo, obaveza, pravna pozicija*

Državinom se nazivaju i pojave koje, međutim, za razliku od navedenih (pod 2.a) nisu ni faktička vlast ili njeno vršenje ni faktičko stanje nego neka pravna kategorija, subjektivno pravo, ovlašćenje, zahtev, obaveza, pravna pozicija.

Kad odredba kaže da “državina prelazi na naslednike” (§ 857. BGB; čl. 560., st. 2. ZGB), ne radi se o državini kao faktičkoj vlasti nego o pravnim dejstvima koja su povezana sa faktičkom vlašću na stvari koja je postojala u času ostaviočeve smrti (npr., da naslednik nastavlja održaj koji je započeo ostavilac, da naslednik stiče pravo na državinsku zaštitu ako ga je imao ostavilac). Da državina ovde nije faktička vlast, još se i jasnije vidi ako odredba glasi “Naslednik postaje držalac u trenutku otvaranja nasleđa, bez obzira na to kad je stekao faktičku vlast na stvari.” (čl. 73. ZOSPO). Jer, ako bi tu “držalac” označavao onoga ko ima faktičku vlast, a “državina” značila faktičku vlast, smisao odredbe bio bi paradoks da naslednik u času delacije stiče faktičku vlast i kad je tad ne stiče kao i da je tad stiče i kad ju je već pre stekao. Državina ne znači faktičku vlast na stvari nego pravna dejstva i onda kad odredba glasi “Lice koje po osnovu radnog ili sličnog odnosa, ili u domaćinstvu vrši faktičku vlast na stvari za drugo lice, a dužno je da postupa po uputstvima ovog drugog lica, nema državinu.” (čl. 71. ZOSPO). Jer, o tom licu se jasno kaže da “vrši faktičku vlast na stvari”, a opet se za njega kaže da nije držalac. Ako bi državina ovde bila isto što i faktička vlast, smisao odredbe bio bi besmisao: lice koje ima faktičku vlast, nema faktičku vlast. Ili, npr., kad odredba kaže da se “državina stvari stiče pribavljanjem faktičke vlasti na stvari” (§ 854., st. 1. BGB), odn. “(D)ržavina se gubi kad držalac prestane da vrši faktičku vlast na stvari.” (čl. 74., st. 1. ZOSPO), ni tad državina ne označava faktičku vlast jer bi, da je tako, odredba imala cirkularno značenje koje ne bi zavređivalo da bude sadržina pravne norme: da se faktička vlast stiče sticanjem faktičke vlasti<sup>23</sup>, odn. da se faktička vlast gubi kad se izgubi faktička vlast. Iz istog razloga ne može se

<sup>23</sup> Što je “bezmernom trivijalnošću” nazvao već E. I. Bekker u *Aphorismen zur Besitzlehre*, u: Bernhöft, F. *et al.* (ur.), *Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches*. I. Heft, Leipzig, 1902., str. 16, a potom i brojni drugi (upućivanja kod: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 24, fn. 13).

povući znak jednakosti između državine i faktičke vlasti ni kad odredba kaže: "Posjed traje dok traje posjednikova faktična vlast glede stvari." (čl. 19., st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske) jer bi izlazila na to da faktička vlast traje dok traje faktička vlast.

Pošto se norme tumače tako da imaju funkciju, a ne da su besmislene i da ničem ne služe, mora biti da u svim navedenim slučajevima "državina" znači nešto drugo, a ne faktičku vlast jer bi samo u tom slučaju imala normativnu ulogu. I doista, državina ovde ni ne označava faktičku vlast na stvari nego označava razne pravne kategorije – pravne posledice koje nastaju po neka prava, obaveze ili pravne pozicije pribavljanjem ili gubljenjem faktičke vlasti ili njihovim postojanjem ili prestankom u nekom času, a koje su pravne posledice uređene u drugim odredbama. Dakle, npr., da se tad stiče pravo na zaštitu državine, da se tad stiču prava za koja je propisano da se stiču pribavljanjem državine, da se tad nastavlja, a ne prekida održaj prava koji je do tad bio u toku, da tad prestaje pravo na državinsku zaštitu, da se tad prekida održaj itd. Ukratko, državina ovde označava određeni pravni režim koji važi za određena prava, obaveze i pravne pozicije u određenim situacijama.

### III. JEDINSTVENI POJAM DRŽAVINE?

Pitanja koja se postavljaju u pogledu pojma državine i njene prirode razmotriću polazeći isprva samo od slučaja (navedenih pod II.b.2.a) u kojima "državina" označava pojavu faktičke prirode, činjenicu, odn. skup činjenica, a izostaviti i za kasnije (pod IV.) ostaviti slučajeve (II.b.2.b) gde "državina" stoji za pravne kategorije. Slučajevi činjenične prirode koji se nazivaju državinom međusobno su bitno različiti pa je na mestu pitati koliko vredi legalni pojam državine kao faktičke vlasti (a). Potom, da li legalne definicije sadrže jedinstveni pojam državine i da li je uopšte moguć jedinstveni pojam državine koji bi obuhvatio sve raznovrsne pojave koje se nazivaju državinom (b). Zatim, da li je uopšte i potreban neki takav jedinstveni pojam državine ili je svrsishodnije u pojam državine uključiti samo neke od tih raznovrsnih pojava, a za ostale pojave uzeti da su nešto različito od državine, ali odrediti da i za njih važi isto što i za državinu (c). Predočiću, na kraju, moje određenje jedinstvenog pojma državine kao faktičke kategorije (d). Zaključci o ovim pitanjima do kojih se dođe analizirajući državinu kao kategoriju faktičke prirode ako su negativni (tj. da postojeće legalne definicije nisu upotrebljive, da nije ni moguć jedinstveni pojam i da nije ni potreban jer se na drugi način može postići isti cilj) samo

će utoliko pre važiti za ista pitanja onda kad se u analizu uključi i državina kad ne označava kategorije faktičke vrste nego pravne (IV.).

### a. Prekoračive legalne definicije

Ograničen je učinak legalnih definicija kad se državina poima kao faktička vlast. Uporednopravno se dobro vidi da takva zakonska definicija ne obezbeđuje da se pozivom na nju u primeni ne razidu kvalifikacije i rešenja istih slučajeva<sup>24</sup> i da ona ne predupređuje spor o tome da li je definicija primerena i kakva bi trebalo da dođe na njeno mesto (1). Zakonska definicija državine koja državinu svodi na faktičku vlast (u objektivnom konceptu) ili koja (u subjektivnom) faktičku vlast sadrži kao jedan od dva konstitutivna elementa državine (*corpus*) služi se neodređenim pravnim pojmom “faktička vlast na stvari” koji je visokog stepena neodređenosti i koji izaziva stalna sporenja o njegovom značenju (2), a koji uprkos svojoj neodređenosti nije u stanju da obuhvati sve slučajeve faktičke prirode koji se smatraju državinom (3).

#### 1. Legalne definicije državine

Procesne odredbe o posebnom postupku u parnicama zbog smetanja državine<sup>25</sup> ne saopštavaju šta je to što se štiti, tj. ne sadrže definiciju državine, ne kažu ni koje je pravne prirode državina, tj. ne određuju da li je fakt ili subjektivno pravo, obaveza, pravna pozicija niti kažu zašto se štiti, tj. ne određuju cilj ili razlog zaštite. Nije procesni zakonodavac taj kome bi se prvenstveno moglo zameriti što ne daje te osnovne odgovore (mada bi bili od koristi i za tumačenje nekih procesnih odredaba i za rešavanje nekih procesnih pitanja). Jer, odgovori se redovno ne nalaze ni u materijalnopravnim normama iako su one te koje kompleksno uređuju ustanovu državine, gde i jeste njen *sedes materiae*. U mnogim porecima nema, naime, ni u materijalnopravnim propisima nikakve zakonske definicije državine. A one materijalnopravne norme koje sadrže de-

<sup>24</sup> Preoptimistična je tvrdnja u: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 152, da uprkos različitim stavovima o tome šta je državina u najvećem broju praktičnih slučajeva sva shvatanja dolaze do istog rezultata. Videti samo zanimljive slučajeve navedene kod: Kegel, G., *Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen (Zum Verhältniss von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen)*, u: Ficker, H. C. *et al.* (ur.), *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tübingen, 1978., str. 151 *sqq.*, koji su svi odreda dali povoda sudskim sporovima upravo zbog toga što su učesnici u situaciji o tim slučajevima razilazili o tome ko je držalac, a i u praksi i nauci su nejedinstveno tretirani.

<sup>25</sup> Npr., čl. 448. *sqq.* Zakona o parničnom postupku, Sl. glasnik Srbije, br. 72/11; čl. 438. *sqq.* Zakona o parničnom postupku Hrvatske, Narodne novine, br. 148/11.

finicije državine prati materijalnopravna civilistička teorija koja je podeljena u pogledu njihove adekvatnosti.

Zakonska definicija u tradiciji subjektivnog koncepta državine ne nailazi samo na odobravanja. Postoje razna otvorena pitanja i u pogledu državinske volje (*animusa*), ali pogotovo u pogledu *corpusa* (npr., koliko da traje ili koliko da se ponavlja situacija da bi se uzelo da je posredi faktička vlast na stvari ili ponašanje odgovarajuće određenom pravu, da li je za državinu prava neophodna faktička vlast na stvari samoj ili izvršavanje sadržine prava i bez faktičke vlasti na samoj stvari, izvršavanje kojih prava predstavlja *corpus*).<sup>26</sup> Da ni postojanje legalnog pojma državine svedenog u stilu objektivnog koncepta samo na faktičku vlast ne mora da umrtvi teorijsku scenu i da se u definiciji zasnovanoj na faktičkoj vlasti, štaviše, ni ne mora obavezno videti konačno pronađena valjana formula državine pokazuje i primer švajcarskog ZGB.<sup>27</sup> U švajcarskoj književnosti, osim većine koja sledi zakonski pojam državine kao faktičke vlasti, obrela su se u novije vreme bar još dva drugačija stava. Po jednom (teorija opšteg pravnog osećaja o nepravu), državina je posredi onda kad svako – već na osnovu pravnog osećaja, predpozitivne predstave o pravdi i osnovnog pravila društvenog života o poštovanju tuđih interesa i o uzdržavanju od oduzimanja tuđe stvari i uticaja na nju – smatra da je nedopušteno zadirati u određeno stanje u pogledu tuđe stvari; kraće, državina je stanje u kome je stvar tuđa za svakog ko nema državinu, u kome svojevolan uticaj na stvar važi kao nepravno.<sup>28</sup> Po jednom drugom, državina je sprovođenje volje u pogledu neke stvari vršenjem stvarnih prava koja se sastoje u upotrebi stvari, bilo da se pravo ima, prividno ima ili se svojata (teorija volje).<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Up. razlike kod: Ehrenzweig, *op. cit.* u fn. 11, str. 54, 58 *sqq.*; Spielbüchler, *op. cit.* u fn. 11, str. 470, 472; Kodek, G. E., *Die Besitzstörung (Materielle Grundlagen und prozessuale Ausgestaltung des Besitzschutzes)*, Wien, 2002., str. 157; Koziol, Welser, Kletečka, *op. cit.* u fn. 11, str. 259 *sqq.*; Eccher, *op. cit.* u fn. 11, str. 286, 287, 289.

<sup>27</sup> Npr., W. R. Niggli već naslovom svoje monografije iskazuje kritičku distancu spram legalne definicije u ZGB: *Der Besitz – ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts*, *op. cit.* u fn. 20.

<sup>28</sup> Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 45, 43 *sqq.*, 50. Slično, da se faktička vlast zasniva na postojanju jedne socijalne brane trećima da zadiru u tuđe prilike u pogledu stvari, v. Müller, K., *Sachenrecht*, Köln, 1988., str. 28, odn. da se postojanje faktičke vlasti zasniva na poštovanju odnosa u pogledu objekta državine koje je izraz društvenog morala; Bund, E., u: Gursky, K.-H. (ur.), *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 3. Sachenrecht. Einleitung zum Sachenrecht. §§ 854 - 882 (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, Berlin, 2007., str. 89. Kritiku v. kod: Niggli, *op. cit.* u fn. 20, str. 82 *sqq.*; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 132 *sqq.*

<sup>29</sup> Niggli, *op. cit.* u fn. 20, str. 170 *sqq.*, 176 *sqq.*

## 2. Enigma faktičke vlasti

Potruga za značenjem faktičke vlasti traje posvuda. U Nemačkoj, postojbini objektivnog koncepta državine kao faktičke vlasti (a prethodno čvrste tradicije upotrebe tog, Von Savignyjevog izraza za *Besitzcorpus*) nastao je, štaviše, najveći broj shvatanja o tome šta znači neodređeni pravni pojam faktička vlast. Negatorno (u Nemačkoj ujedno vladajuće) shvatanje je da je faktička vlast na stvari tzv. elementarni pojam koji se i ne da bliže odrediti, odn. ne da se unapred i uopšte opredeliti kriterijum ili kriterijumi na osnovu kojih bi se znalo da li je posredi faktička vlast nego ostaje jedino da se to određuje od slučaja do slučaja prema shvatanju koje vlada u odnosima među ljudima (teorija elementarnog pojma, teorija socijalnog pojma).<sup>30</sup> Negatorno (u Švajcarskoj ujedno vladajuće) shvatanje (teorija relativnosti pojma u zavisnosti od pravne posledice) drži da bez faktičke vlasti nema državine, ali da faktička vlast označava različite pojave u zavisnosti od vrednosnog suda u teleološkom tumačenju da li je cilj zakona da se na konkretan slučaj primeni pravna posledica ili ne.<sup>31</sup> Afirmativno shvatanje ima više varijanti. Po jednom stavu, faktička vlast na stvari postoji kad sudija utvrdi na osnovu životnih potreba da u pogledu stvari postoji interes opstanka, kontinuiteta određenog stanja koji je pretežan u odnosu na suprotan interes i koji zavređuje zaštitu (teorija interesa kontinuiteta).<sup>32</sup> Po jednom drugom, faktička vlast znači moć nekog lica u

<sup>30</sup> Npr., u Nemačkoj tako Wolff, M.; Raiser, L., *Sachenrecht*, Tübingen, 1957., str. 25; Eichler, H., *Institutionen des Sachenrechts (Ein Lehrbuch)*. 2. Bd. 1. Halbbd., Berlin, 1957., str. 7; Westermann, H., *Sachenrecht (Ein Lehrbuch)*, Karlsruhe, 1960., str. 59 sqq.; Müller, *op. cit.* u fn. 28, str. 27 sqq.; Baur, F.; Baur, J. F.; Stürner, R., *Sachenrecht*, München, 1999., str. 58 sqq.; Sosnizza, *op. cit.* u fn. 3, str. 6 sqq.; Bund, *op. cit.* u fn. 28, str. 77 sqq., 88 sqq.; Vieweg, K.; Werner, A., *Sachenrecht*, Köln i dr., 2007., str. 13 sqq.; Gursky, K.-H., u: Westermann, H.; Westermann, H. P.; Gursky, K.-H.; Eickmann, D., *Sachenrecht*, Heidelberg i dr., 2011., str. 89 sqq.; Wilhelm, I., *Sachenrecht*, Berlin, 2012., str. 212 sqq., 216 sqq. U Švajcarskoj tako, npr., Jenny, *op. cit.* u fn. 3, str. 52 sqq.; Tuor, P.; Schnyder, B., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1986., str. 555. Za kritiku v. sa upućivanjima Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 128; Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 16 sqq., Stark, *op. cit.* u fn. 3, str. 44 sqq.; Bund, *op. cit.* u fn. 28, str. 77 sqq., 88 sqq.

<sup>31</sup> Stark, *op. cit.* u fn. 3, str. 41 sqq., 44 sqq., 205 sqq., 295; Tuor, Schnyder, *op. cit.* u fn. 30, str. 557 sqq. i drugi nav. kod Stark, *l. c.*; Niggli, *op. cit.* u fn. 20, str. 10 sqq. Kritika kod: Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 148 sqq., 163; Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 18 sqq.

<sup>32</sup> Heck, P., *Grundriß des Sachenrechts*, Tübingen, 1930., str. 20 sqq., 22, 24 sqq., 27; Schmelzeisen, G. K., *Die Relativität des Besitzbegriffs*, Archiv für die civilistische Praxis, br. 1, 1932., str. 51 sqq.; Müller-Erbach, R., *Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt*, Archiv für die civili-

pogledu stvari kao mogućnost fizičkog uticaja na stvar bez narušavanja sfere tuđe državine (teorija fizičkog uticaja).<sup>33</sup> Po jednom trećem, faktička vlast na stvari znači pretežnu verovatnoću da se sprovede svoja volja na stvari (teorija pretežne verovatnoće).<sup>34</sup>

### 3. Faktička vlast kao Prokrustova postelja

Kako u subjektivnom konceptu (tad kao tzv. državine *solo animo*), tako i u objektivnom (naročito, ali ne samo kao tzv. spiritualizovane državine), ima brojnih slučajeva državine bez faktičke vlasti, npr., kod sticanja simboličkom predajom ili putem *constitutum possessoriuma* i *cessio vindicationis* (*traditio ficta*) ili kad je faktička vlast izgubljena i ponovno uspostavljena posle određenog vremena, kad držalac stvari prepusti faktičku vlast držaocu prava, odn. posredni držalac neposrednom, kad je državina naslednička, kad držalac privremeno ne može da ostvari volju na stvari i dr. S obzirom na raznovrsnost slučajeva na koje se primenjuju, a među kojima su neretki slučajevi bez ikakve faktičke vlasti, očigledno je da su preuske sve zakonske definicije državine koje državi- nu izjednačavaju s faktičkom vlašću. S druge strane, preširoke su jer su brojni slučajevi kad nesporna faktička vlast nije državina nego pritežanje.<sup>35</sup>

#### b. Mogućnost jedinstvenog pojma?

Ali, da li, možda, nije ni moguće formirati jedinstveni pojam državine zbog toga što su brojni slučajevi koji se smatraju državinom nesvodivi na faktičku

---

stische Praxis, br. 1, 1936., str. 5 *sqq.*; Ernst, W., *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübingen, 1992., str. 23 *sqq.* Kritika sa upućivanjima kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 144 *sqq.*, 148 *sqq.*, 163; Gursky, *op. cit.* u fn. 30, str. 89. Modifikaciju tog shvatanja zastupa Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 150 *sqq.*, 160 *sqq.*

<sup>33</sup> Joost, D., *Besitzbegriff und tatsächliche Sachherrschaft – Zur dogmatischen Einordnung des § 854 Abs. 2 BGB*, u: Jahr, G. (ur.), *Gedächtnisschrift für D. Schultz*, Köln, 1987., str. 181. Kritika, sa upućivanjima, kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 135 *sqq.*

<sup>34</sup> Uz manje varijacije tako Kegel, *op. cit.* u fn. 24, str. 170, 178; Wieling, H. J., *Sachenrecht. Bd. 1. Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin i dr., 2006., str. 143. Kritika kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 133 *sqq.*

<sup>35</sup> O mogućnosti da se, u stvari, razlikuje trojna struktura faktičkog: državina – pritežanje – slučajevi koji nisu ni državina ni pritežanje, v. Vodinelić, V. V., *Državina i pritežanje*, u: Vodinelić, V. V. *et al.*, *Promene stvarnog prava u Srbiji (Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u Jugoistočnoj Evropi)*, Beograd, 2004., str. 50 *sqq.* = Vodinelić, V. V., *Possession and Detention*, u: Vodinelić, V. V. *et al.*, *Property Law Amendments in Serbia (Opportunities for a Reform in Serbia under Consideration of the Regional Developments in South-East-Europe)*, Belgrade, 2004., str. 53 *sqq.*

vlast, a takođe zato što brojni nisu državina mada jesu faktička vlast (2)? Ili, možda, jedinstveni pojam nije moguć zbog raznovrsnosti funkcija koje državina treba da ispuni u pogledu raznih slučajeva (1)? Ili je ipak moguć jedinstveni pojam pa čak i takav koji se zasniva na faktičkoj vlasti, ako ne klasično definisan, onda drugim tipovima definicija? (3)

#### 1. Raznovrsnost funkcija državine – prepreka jedinstvenom pojmu državine?

Ako zakonske definicije zasnovane na faktičkoj vlasti imaju tako ograničenu upotrebnu vrednost, da li je to možda zato što, u stvari, nije dovoljna samo jedna definicija državine, zato što, kako neki tvrde, jedinstveni pojam državine nije ni moguć nego državina može da ima u istom pravnom poretku razna značenja kad to iziskuju različite funkcije koje državina ima da obavi (tzv. relativnost pojma).<sup>36</sup> Tako se, između ostalog, tvrdi da zaštitna funkciju državine iziskuje da se državina pojmi kao bilo kakva prostorna faktička vlast na stvari, dok u pogledu ostalih funkcija državina znači isto što i svojinska državina, tj. ponašanje samo kao vlasnik.<sup>37</sup> Taj stav se nije pokazao održivim.<sup>38</sup> Različitost funkcija državine nije smetnja svakom jedinstvenom pojmu državine nego pojmu svedenom na faktičku vlast (o čemu pod d).

#### 2. Raznovrsnost faktičkih slučajeva državine – prepreka jedinstvenom pojmu?

Da li je ograničena upotrebna vrednost postojećih legalnih definicija državine možda posledica ne različitih funkcija koje ima da obavi institut državine nego velike i bitne međusobne različitosti faktičkih pojava koje jedan pojam treba da obuhvati? Već i razlika samo između, npr., pojave koja se zove neposredna državina i pojave koja se zove posredna državina ili pojave nasledničke državine podstakla je osporavanje mogućnosti obrazovanja jedinstvenog pojma državine kao faktičke vlasti. Mnogi samo neposrednu državinu smatraju državinom, a ostale pojave isključuju iz pojma državine.<sup>39</sup> A razlike su doista

<sup>36</sup> U tekstu kod fn. 31.

<sup>37</sup> Ernst, *op. cit.* u fn. 32, str. 23 *sqq.*, 25 *sqq.* Kritika kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 106 *sqq.*, 110 *sqq.*, 148.

<sup>38</sup> V. kritiku kod Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 107 *sqq.*

<sup>39</sup> Da posredna državina i nije državina, tako, npr., Joost, *op. cit.* u fn. 33, str. 189 *sqq.*; Michel, E., *Probleme des Erbenbesitzes nach § 857*, Bochum, 1990., str. 46 *sqq.*; Holler, R., *Die Besitzveränderung als tatbestandliche Voraussetzung der Übertragung beweglicher Sachen*, Mainz, 1994., str. 13 *sqq.*; Schnatenberg, P., *Die Entstehung der Regeln des BGB über den mittelbaren Besitz unter besonderer Berücksichtigung des dinglichen Verhält-*



i mnogo veće kad se u obzir uzmu i svi drugi slučajevi koji se smatraju državinom. Faktičke pojave koje se nazivaju državinom (navedene pod II.b.2.a) međusobno su sa toliko malo toga svima zajedničkog u činjeničnom pogledu što bi ih činilo prepoznatljivim kao vrstu. Jedino ih sve povezuje da su faktičke prirode, da predstavljaju neki skup činjenica, što ne može da nosi definiciju. Ali, nesposobnost definicija zasnovanih samo na faktičkoj vlasti da ih sve obuhvati ne preči da se obrazuje jedinstveni pojam ako, kako će se pokazati (pod d), pojave koje nemaju faktičku vlast u sebi, a nazivaju se državinom imaju neko drugo, njima zajedničko obeležje, te ako i jedne i druge pojave povezuje nešto što ih zajedno razlikuje od ostalih pojava koje se ne nazivaju državina, nego pritežanje.

### 3. Vrsta definicije – prepreka jedinstvenom pojmu državine?

Stav o ne/mogućnosti jedinstvenog pojma državine kao faktičke vlasti može biti posledica i određenog poimanja definicije uopšte. Da li su te uistinu velike razlike između pojava koje se nazivaju državinom neotklonjiva smetnja za jedinstvenu definiciju državine kao faktičke vlasti, to može da zavisi i od toga kako se poima definicija uopšte. Ako se definicija shvata samo kao pojmovno određenje na klasičan način Aristotelovog učenja o definiciji (*definitio fit per genus proximum et differentias specificas*), doista se ne može u tim prerasnim faktičkim pojavama naći faktička vlast kao takvo obeležje koje bi bilo zajedničko svima njima i samo njima, a da ih specifično razlikuje u odnosu na sve ostale pojave. Ali, u savremenom učenju o definicijama nije novost da se definicija više ne poistovećuje sa definicijom koja je takva da se ono što se definiše (*definiendum*) može uvek gde se pojavljuje zameniti onim čime se definiše (*definiensom*) i obrnuto.<sup>40</sup> Zato, kad bi i jedina mogućnost za jedinstveni pojam državine bila ta da se definiše posredstvom faktičke vlasti (a nije tako, o čemu dalje pod d), i tad bi jedinstveni pojam mogao da se odredi nekim drugim vrstama definicija, recimo, tipskom definicijom i enumerativnom definicijom.<sup>41</sup>

---

*nisses zwischen Mieter und Vermieter*, Köln, 1994., str. 6 sqq., 153; Wieling, *op. cit.* u fn. 34, str. 228 sqq. Da naslednička državina i nije državina, tako, npr., Joost, *l. c.*, str. 189 sqq.; Michel, *l. c.*, str. 20 sqq.; Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 281; Wieling, *op. cit.* u fn. 34, str. 179, 165.

<sup>40</sup> Tako, međutim, u novijoj literaturi o državini, npr., Niggli, *op. cit.* u fn. 20, str. 7, 9, 176.

<sup>41</sup> O tim vrstama definicija v. sa upućivanjima Vodinelić, V. V., *Građansko pravo (Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava)*, Beograd, 2012., str. 126 sqq.

Državina može da se definiše kao (višedimenzionalni) tip posredstvom faktičke vlasti i njenih obeležja. Tipska definicija sadrži obeležja definisane pojave koja ne moraju ni sva ni uvek biti zastupljena da bi se radilo o pojavi koja se tipski definiše. Definisana pojava je posredi nekad sa tim obeležjima, nekad bez njih, posredi je i kad je neko obeležje zastupljeno izraženije, a drugo slabije, a kad je neko obeležje izraženije, drugo može da bude manje izrazito ili da ga i nema. Npr., ako se državina definiše kao delotvorno i trajnije vršenje uticaja na stvar koje izgleda kao vršenje nekog prava, primenom takve tipske definicije državina će biti posredi, npr., i kad se samo privremeno ne može pristupiti stvari ako je prethodno na njoj ostvarena direktna vlast; ili, što je uočljivije i intenzivnije sprovođenje volje u pogledu stvari, to može biti kratkotrajnije pa da se opet radi o državini; ili, što je uobičajenije da dotično stanje u pogledu stvari znači da je ono rezultat nečijeg delovanja, to nepostojanje neposrednog i aktuelnog sprovođenja volje na stvari manje smeta da bi se radilo o državini; ili, što ponašanje lica u pogledu stvari potpunije odgovara slici nekog prava koje se sastoji u ovlašćenju takvog ponašanja povodom stvari, utoliko u većoj meri može da manjka u konkretnom slučaju neposrednost i aktuelnost vršenja faktičke vlasti, a da se opet radi o državini.<sup>42</sup>

Državina se kao faktička vlast može definisati i tako da se pobroje sve grupe slučajeva stvarne faktičke vlasti koje se u propisima, nauci i praksi nazivaju državinom: da je državina gospodarenje sa stvari u neposrednom dodiru s njom, sprovođenje volje na stvari u dužem periodu, očuvanje stvari od napada drugih, efikasno zapovedanje drugome šta da čini sa stvari itd. Međutim, državina se može definisati kao jedinstveni pojam i klasičnom definicijom, samo ne ako bi faktička vlast trebalo da bude njeno specifično obeležje (o tome pod d).

### c. Potreba za jedinstvenim pojmom?

No, da li uopšte težiti jedinstvenom pojmu? Zar nije dovoljno da se uz tipsku definiciju državine (sa faktičkom vlašću kao tipskim obeležjem) ili uz enumerativnu (sa nabrojanjem slučajeva faktičke vlasti) navedu još i drugi slučajevi koji nisu državina jer ih ne odlikuje faktička vlast, a da se za te slučajeve ne-državine propiše da se i oni smatraju državinom ili da se i oni izjednačavaju

<sup>42</sup> O državini kao tipu v. Vodinelić, *Državina i pritežanje* (cit. u fn. 35), str. 54 sqq. = *Possession and Detention*, str. 57 sqq.; Vodinelić, V. V., *O jeziku i nomotehnici Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Pravni zapisi, časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu, br. 1, 2010., str. 224 sqq.

sa državinom. Sve su te tehnike moguće i poznate i u regulisanju i u naučnoj obradi materije državine.<sup>43</sup>

Sušтина tih rešenja jeste da se pravna pravila predviđena za državinu primene i na te druge slučajeve mada ih ne obuhvata početna definicija državine. Jer, kad se za nešto što nije definisano kao državina ili faktička vlast, kaže da se takođe smatra državinom, odn. izjednačava sa njom, znači da podleže istom pravnom režimu. Zar nije onda svejedno što definicija nije u stanju da i te slučajeve obuhvati kao državinu i da li će se i oni zvati državinom ili ne budući da se ionako ništa ne definiše kao državina ili faktička vlast same definicije radi nego da bi se primenio isti pravni režim koji je predviđen za ono što se (tipski ili enumerativno) definiše kao državina? Međutim, u praktičnoj primeni takve odredbe ubrzo bi se i sve to drugo opet zvalo državinom jer, kako uči iskustvo, ka tome vodi ekonomija u izražavanju, težnja da, ako se već podvrgava istim pravilima, onda bude označeno istom oznakom. I tad se opet javlja nastojanje da se nađe jedinstvena definicija za sve što se jedinstveno naziva.

#### d. Sopstveni stav

Moj stav u pogledu jedinstvene definicije izgleda ovako. I. Pojam državine kao faktičke kategorije određuje se funkcionalno.<sup>44</sup> Pojam državine se određuje da bi se na određene faktičke situacije, nekad faktičke vlasti, nekad faktična stanja, primenio određeni pravni režim (određeni skup pravnih pravila) koji je pod imenom državina sadržan u zakonu ili zakoniku. I to, npr., da bi se u nekim situacijama licima pružila neka vrsta zaštite (državinska zaštita), omogućio neki vid sticanja svojine i drugih prava (sticanje u sistemu tradicije, održaj, sticanje plodova, sticanje od nevlasnika i dr.), neko učinio odgovornim (za naknadu štete, za predaju stvari po reivindikaciji, publicijani i dr.), omogućilo neko upravljanje sa stvari (sekvestar, stečajni upravnik) ili obezbedio povoljniji položaj u procesu (presumpcija svojine za svojinskog držaoca) i dr. Dakle,

<sup>43</sup> Da je ono što se zove posredna državina samo fikcija državine, odn. samo naređenje istih pravnih posledica kao za ono što jeste državina, tako, npr., Joost, *op. cit.* u fn. 33, str. 167; Sosnitza, *op. cit.* u fn. 3, str. 17 *sqq.*, 374; Wieling, *op. cit.* u fn. 34, str. 229, 233. Da je ono što se zove naslednička državina samo fikcija državine, odn. samo naređenje pravnih posledica koje važe za ono što jeste državina, tako, npr., Wolff, Raiser, *op. cit.* u fn. 30, str. 42; Joost, *op. cit.* u fn. 33, str. 167; Sosnitza, *op. cit.* u fn. 3, str. 14, 374.

<sup>44</sup> Bliže Vodinelić, *Državina, op. cit.* u fn. 35, str. 54 = *Possession*, str. 57 *sqq.* Tako i vladajuće shvatanje u Švajcarskoj, v. u tekstu kod fn. 31. Slično i Harris, *op. cit.* u fn. 8, str. 69; Caterina, *op. cit.* u fn. 7, str. 272.

uvek postoji određeni pravni režim koji je namenjen državini. Taj (državinski pravni) režim redovno je – za razliku od pojma državine same – u bitnome izvestan i nesporan (mada, kao i sve u pravu, u vremenu i u raznim sredinama različit i podložan promenama). Državina su one situacije za koje je taj pravni režim primeren. 2. Neke takve situacije predstavljaju faktičku vlast (uglavnom upotrebu stvari, rad s njom i faktičko raspolaganje njome, npr., stanovanje, voženje automobila, obrada zemljišta, prerađivanje materije), ali su brojne i takve situacije gde nema nikakve faktičke vlasti i radnje nego je posredi faktičko stanje (npr., da se u šumi nalazi složena gomila isečenih komada drva, na tavanu zaturena stvar, pred zgradom parkirani automobil, da skup razne isporučene robe leži na trotoaru pred prodavnicom, da na nekom zemljištu ništa nije izgrađeno jer se taj čije je uzdržava od gradnje pošto mu je to zabranjeno ili se tako sporazumeo sa vlasnikom susedne nepokretnosti i dr., da je neko imao faktičku vlast do časa smrti, a da ga je neko nasledio ko nema faktičku vlast, da je neko upisan kao imalac zemljišnoknjižnog prava, a da nema faktičku vlast na stvari). 3. Faktička vlast ili faktičko stanje predstavljaju državinu ako su takvi da bi mogli biti izraz, pojavni oblik svojine (svojinska državina), drugog prava (državina prava) ili obaveze (državina obaveze, npr., kad poslenik postupa sa stvari naručioca posla, kad ostavoprimalac čuva ostavodavčevu stvar, kad vlasnik opterećene nepokretnosti održava uređaje i instalacije na objektu i zemljištu imaoca prava realnog tereta, kad vlasnik ne gradi na zemljištu jer se tako sporazumeo sa vlasnikom susednog zemljišta ili jer mu je ovaj to zabranio). 4. Faktička vlast i faktičko stanje koji bi mogli biti pojavni oblik svojine, drugog prava ili obaveze jesu državina samo ako im je primeren (namenjen, za njih merodavan, važeći) pravni režim koji se zove državinski, tj. ako je za njih adekvatna vrsta zaštite poznata kao posesorna zaštita, predaja stvari kao *modus acquirendi*, vid sticanja prava koji se zove održaj, određeni vid odgovornosti za štetu (npr., za opasne stvari) ili dr. Sasvim je moguće, a tako i jeste, da jednoj situaciji odgovara određeni segment državninskog režima, a da za nju nije primeren neki drugi segment državninskog režima. Npr., može biti primereno da tzv. tabularna državina (§ 321. ABGB, čl. 937. ZGB) služi sticanju prava (npr., tabularnom održaju), ali nije primereno da se toj situaciji pruža državinska zaštita. Zato, ono što jeste državina za jedan aspekt državninskog režima, za drugi ne mora da bude državina. Stav (i argumentacija) da li određeni pravni režim odgovara određenoj situaciji niti je uvek niti je svuda isti, ali razilaženja ne moraju biti veća, a i nisu, nego u pogledu drugih pravnih materija. Osim toga, državina nisu sve situacije, tj. svaka faktička vlast i svako faktičko stanje

u pogledu stvari koje mogu biti korespondentne pravu svojine, drugom pravu ili obavezi – neke su pritežanje (detencija). U načelu je tako da za situacije za koje je primeren državinski režim nije primeren režim pritežanja i obrnuto, a ako je isti režim primeren za oboje, tad je svejedno da li će nešto biti kvalifikovano kao državina ili kao pritežanje. Pritežanje su situacije u kojima u pogledu stvari lice postupa po uputstvima drugoga ili u vezi sa njima (državinski pomoćnik); postupa kao zakonski zastupnik drugoga; određuje drugome šta da čini sa stvari vodeći brigu o njemu, a nemajući svojstvo staratelja; samo za kratko postupa kao vlasnik, imalac drugog prava, odn. obaveze; postupa samo iz proste uslužnosti prema drugome; postupa jer mu je to drugi omogućio iz proste uslužnosti.<sup>45</sup>

Kad se rečeno objedini u definiciju, državina kao faktička kategorija je faktička vlast ili faktičko stanje u pogledu stvari koji mogu da odgovaraju pravu svojine (svojinska državina), drugom pravu (državina prava) ili obavezi (državina obaveze) i za koje su primerena pravna pravila o državini, a ne o pritežanju. Ovakvo određenje državine nije tautološko (cirkularno) ni u delu gde se govori o pravnim pravilima o državini jer državina i pravna pravila o njoj nisu isto, a poznato je koja su pravna pravila zaokružena pod tim imenom (pravni režim državine je određen). U propisu bi čak, npr., moglo da se kaže da je državina faktička vlast, odn. faktičko stanje u pogledu stvari ... za koje važe odredbe ovog zakona ili zakonika, ili ove glave ili odeljka, ili sadržane u članovima ... Određenje ni u svom negativnom delu (da su državina opisane faktičke situacije za koje nije primeren pravni režim pritežanja) nema nedostataka kakvi neretko prate negativna određenja jer su situacije koje predstavljaju pritežanje određene (mogu se čak iscrpno nabrojati u propisu pošto su malobrojnije od situacija državine)<sup>46</sup>, a određen je i pravni režim koji za njih važi.<sup>47</sup> Da su legitimne i funkcionalno sposobne čak i definicije koje su samo i potpuno negativne, vidi se i na primeru definicije prave (ispravne) državine

<sup>45</sup> O razlozima (argumentima) za to da su ne-državina, tj. pritežanje svi ovi slučajevi, a ne samo državinski pomoćnik up. Vodinić, *Državina, op. cit.* u fn. 42, str. 55 *sqq.* = *Possession*, str. 59 *sqq.*

<sup>46</sup> Tako je urađeno u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije, čl. 46, v. *Ka novom stvarnom pravu Srbije = Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens*, Beograd, 2007., str. 24, 190 *sqq.*

<sup>47</sup> Zato je i u čl. 46., t. 6. Nacrta ZSDSP (cit. u fn. 46) moglo da se navede da je pritežanje posredi, uz pet nabrojanih situacija pritežanja (navedenih u ovom tekstu kod fn. 45), i onda kad iz kog drugog razloga nije opravdano lice smatrati držao-cem.

kao državine koja nije manljiva (neispravna). I takva definicija može posve dobro da posluži ako je dovoljno određeno šta je to što *definiendum* nije kao što je to slučaj kod negativne definicije prave (ispravne) državine koja se oslanja na taksativnu enumerativnu definiciju neispravne (manljive) državine. (Istina, sreće se i usamljen stav da postoji samo državina, a ne i pritežanje – da državinski pomoćnik nije pritežalac nego je i to državina. On je takođe držalac kao i onaj ko mu zapoveda, samo što u odnosu sa takvim držaoцем ovaj držalac ne uživa zaštitu.<sup>48</sup> Stav nema perspektivu jer se, kako je već rečeno, pojmovi u pravu grade tako da se pod istim pojmom ne objedinjuju pojave koje su različite po pravnim režimima koji za njih važe nego da svaka takva dobije drugačiju oznaku).

Time smo dospeli do metodološki dovoljno određene mogućnosti da se i za potrebe posesornog postupka pojmovno razgraniči državina od pritežanja. I onda izgleda da se sama od sebe nameće tvrdnja da se u posesornom postupku štiti faktička vlast i stanje koji nisu pritežanje, a koji zaslužuju primenu odredaba o državinskoj zaštiti. Ali, da li je to doista ono što se štiti u posesornom postupku?

#### IV. DRŽAVINA I PRAVNA USTANOVA DRŽAVINE. MESTO FAKTIČKOG U PRAVNOJ USTANOVI DRŽAVINE

Koji god pojam državine da se usvoji, bilo bi preuranjeno reći, mada je baš to najrasprostranjenija tvrdnja, da se u posesornom postupku štiti državina. Da bi se utvrdilo šta se štiti u posesornom postupku (V.) valja prethodno napraviti još jednu razliku, između državine i pravne ustanove državine (a) i videti da li u strukturi pravne ustanove državine postoji ijedan element koji bi bio osoben za tu ustanovu u poređenju sa ostalim stvarnopravnim ustanovama (svojinom, službenošću, zakupom i dr.) i da li je njen faktički element ta osobenost (b).

##### a. Struktura pravne ustanove državine

Državinom se ne nazivaju samo faktičke pojave (faktička vlast i faktičko stanje) nego se tim izrazom označavaju i neke pravne kategorije, neka prava, pravne pozicije (gore pod II.b.2.b). Kad se raspravlja o pojmu i prirodi državine, te pravne kategorije ostavljaju se van vidnog polja. Naglašava se, npr., kako

<sup>48</sup> Tako Hedinger, *op. cit.* u fn. 3, str. 15.

je državina fakt, dok je svojina pravo i redovno se navodi često citirano mesto iz Digesta: *nihil commune habet proprietatis cum possessione*.<sup>49</sup> Ali, da li državina ima, i šta to, zajedničko sa svojinom, zavisi od toga šta je *tertium comparationis*, tj. šta je to treće u pogledu čega se porede obe pojave. U mnogom pogledu imaju itekako zajedničkog. Npr., ako se porede u pogledu toga da li predstavljaju pravne ustanove, odgovor je pozitivan. Ili, npr., obe se štite, stiču se, prenose se itd. Takođe izreka ne važi u toj širini ni za to da spor o svojini i spor o državini nemaju ništa zajedničko pa da se zato ne kumuliraju u istom postupku. Jer, nasuprot takvom *non-cumul* rigorizmu francuskog, austrijskog i italijanskog prava u nekim državama je i u državinskom postupku dopuštena petitorna protivtužba (npr., u Nemačkoj, Švajcarskoj) ili petitorni prigovor (npr., u Švajcarskoj).<sup>50</sup> Stav o tome da državina i svojina nemaju ništa zajedničko održiv je samo do nivoa trivijalne tvrdnje da su to različite pravne ustanove.

Pravna ustanova zvana državina složen je institut, sastavljen iz niza pravnih normi. Nisu svi segmenti te pravne ustanove od značaja za razmatranje pitanja šta se štiti u posesornom postupku, npr., norme o prenosu državine kao načinu sticanja određenih prava, o državini kao uslovu odgovornosti za štetu, kao osnovu pravnih presumpcija. Pri razmatranju tog pitanja moraju se uzeti u obzir bar sledeća četiri kompleksa normi iz sastava ustanove državina: državina u užem smislu, tj. faktička vlast na stvari i faktičko stanje u pogledu stvari koji nisu ni pritežanje ni neka treća pravna pojava (1), pravo na državinu (2), pravo isključenja trećih od uticaja na državinu (3) i pravo na zaštitu državine (4). Redovno je da se pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ni ne uočava ili da se njegova sadržina meša sa pravom na zaštitu državine (5). Elementi ustanove državine stoje u određenom međusobnom odnosu. (6). Čak tri od četiri sastavna dela ustanove državine jesu pravne kategorije, a ne faktičke prirode, a pitanje je koji od njih je osobenost ustanove državine (b).

#### 1. Državina (u užem smislu): faktička vlast i faktičko stanje

Državina (sama ili u užem smislu) najčešće se ispoljava u pogledu stvari kao faktička vlast (faktičko gospodarenje, vladanje stvarju, faktička kontrola, faktički uticaj) i ima je onaj ko je u pogledu stvari sproveo, sprovodi ili realno može da sprovede svoju volju. Ostale faktičke situacije koje se nazivaju

<sup>49</sup> Ulpian D 41.2.12.1, slično D 41.2.52. i D 43.17.1.2.

<sup>50</sup> Vidi uporednopravno kod Müller, *op. cit.* u fn. 3, str. 52 *sqq.*, 78 *sqq.*, 81, 105 *sqq.*, 123 *sqq.*, 146 *sqq.*

državinom (posredna državina, naslednička državina, državina dostavljanja, prolazna nemogućnost sprovesti volju i dr.) redovno se ne označuju nikakvim zajedničkim nazivom, a zajedničko im je da u pogledu stvari predstavljaju faktička stanja bez faktičke vlasti. Kao faktička vlast na stvari ili faktičko stanje u pogledu stvari, državina sama ili u užem smislu, naravno, nije subjektivno pravo, pravna vlast. Neko je držalac već ako je, i zato što je, imalac onakve faktičke vlasti na stvari, odn. što je povezan sa onakvim faktičkim stanjem u pogledu stvari koji bi mogli odgovarati nekom subjektivnom pravu ili obavezi. Čak i onda kad on nema nikakvo pravo ili obavezu. Pa čak i kad povređuje tuđe pravo ili svoju obavezu. Za državinu neophodne su i dovoljne faktičke radnje ili stanja kao da se ima neko pravo ili obaveza u vezi sa stvari, bez obzira imaju li se doista.

## 2. Pravo državine i obaveza državine (pravo na državinu, obaveza na državinu)

Pravo državine (ili pravo na državinu) i obaveza državine (obaveza na državinu) kao pravo, odn. obaveza na faktičku vlast, odn. na faktičko stanje nikad ne postoje samostalno, nisu jedino pravo ni obaveza niti imaju neku svoju samostalnu sadržinu. Uvek su i samo sastavni deo nekog drugog prava ili obaveze ili povezani sa njima (recimo, vlasnik i poslenik imaju u sklopu prava svojine ili posleničke pozicije iz ugovora o delu uz druga ovlašćenja, odn. obaveze i ovlašćenje, odn. obavezu da stvar drže). Sadržina prava, odn. obaveze državine uvek zavisi od sadržine prava, odn. obaveze u čijem su sastavu i određena je njome (primerice, vlasnik i poslenik ima onakvo pravo ili obavezu državine kakvi odgovaraju različitim ovlašćenjima ili dužnosti koji čine svojinu, odn. ovlašćenja i obaveze poslenika). Ne postoji samostalno pravo državine – pravo da se bude držalac koje bi imalo sadržinu drugačiju od drugih postojećih prava ili obaveza i koje bi se iscrpljivalo samo u tome da se ima faktička vlast bez ikakve određene sadržine. Isto važi za obavezu državine. Pravo državine, odn. obaveza državine nema neku samo svoju, uvek stalno istu, nego uvek stalno drugačiju konkretnu sadržinu koja zavisi od prava ili obaveze čiji imalac ima pravo, odn. obavezu da bude držalac. Dok svojina i druga stvarna prava nisu sastavni deo drugih prava ili obaveza, dotle je pravo na državinu uvek i jedino sastojak nekog drugog prava ili je povezano sa nekom obavezom. Dok svojina i druga stvarna prava imaju uvek istu, unapred određenu sadržinu, dotle sadržina prava na državinu, odn. na pritežanje varira od prava do prava čiji je sastojak, odn. od obaveze do obaveze sa kojom je povezano. Poslugoprimac nema



pravo na istu faktičku vlast kao zalogoprimac, a ovaj ima drugačiju faktičku vlast od vlasnika itd. Pravo državine je, dakle, pravno priznata mogućnost onakve faktičke vlasti na stvari, odn. postojanja onakvog faktičkog stanja u pogledu stvari kakvo odgovara sadržini dotičnog prava u čijem je ono sastavu, odn. sadržini obaveze sa kojom je povezano. Budući da imalac obaveze državine uvek ujedno ima i pravo da čini ono što je obavezan, jednostavnosti radi govoriće se dalje samo o pravu državine.

Pravo državine je pravo vlasti jer predstavlja ovlašćenje da se volja sprovede neposredno na stvari; apsolutnog je dejstva, zato što je praćeno obavezom svakoga da se uzdrži od smetanja; imovinske je prirode pošto ta mogućnost neometano sprovesti svoju volju u pogledu stvari ima vrednost izrazivu u novcu; stvarno je pravo samo onda kad je i pravo koje ga sadrži takođe stvarno pravo, odn. kad je povezano sa obavezom koja je i sama stvarnopravna jer samo u tom slučaju (jednako kao i druga ovlašćenja iz sastava dotičnog stvarnog prava) opstaje i ostvarivo je prema svakom faktičkom i pravnom imaocu stvari (poseduje suprotstavljivost, opremljeno je pravom sledovanja); primerice, pravo zakupca ili zalogoprimca na državinu opstaje na zakupljenoj, odn. založenoj stvari i ostvarivo je prema svakom novom vlasniku zakupljene, odn. založene stvari, ali ne i pravo posluge.

### 3. Pravo isključiti treća lica od uticaja na državinu

Od prava na državinu kao prava da se (već u zavisnosti od njene konkretne sadržine) vrši šira ili uža faktička vlast na stvari, odn. da postoji određeno faktičko stanje razlikuje se pravo držaoca da stvar zadrži i da određeno stanje ostane nepromenjeno, odn. gledano sa strane ostalih, da stvar ne dâ drugima i da se određeno faktičko stanje ne naruši. Ukratko, da treći budu isključeni od dodira i drugih uticaja na stvar (*ius excludendi tertii, ius excludendi omnes alios*). Držaočev pristanak potreban je ostalima da bi smeli doći u dodir sa stvari ili na drugi način uticati na nju. Držalac ima isključivo pravo odlučiti da li će, kome i u kojoj meri dopustiti dodir i drugi uticaj na stvar (čime se taj dodir i drugi uticaj trećih čini dopuštenim – preobražajno pravo). To i onda kad držalac nema ni svojinu ni bilo koje drugo pravo, tj. kad nema nikakvo pravo na državinu. Pravo zadržati stvar, ne dati je drugima itd., dakle, pravo da ostali budu isključeni od uticaja na nju držalac ima već kao držalac, pa dakle i onda kad nema ni svojinu ni neko drugo pravo koje sadrži pravo na državinu.

Pravna mogućnost za držaoca koju sadrži ovo pravo samo je ta da stvar zadrži kod sebe, da je ne da drugome, ali ne i više od toga; ne i da je upotrebljava,

faktički raspolaže njome, dira u njenu supstanciju, oštećuje je, preradi itd. Za to ostalo držaocu je, dakle, potrebno pravo svojine ili koje drugo pravo koje sadrži odgovarajuće pravo na državinu. Pravo ne nadilazi isključenje trećih, a time da su ostali isključeni ono ne prerasta u pravo na državinu, u pravo svojine, posluge, zakupa i dr. niti u bilo kakvo pravo sadržinom bogatije od same te mogućnosti isključenja.<sup>51</sup> To se vidi i po drugačijem pravnom režimu nego što je njihov, a ne samo po sadržini ovlašćenja.

Ne radi se o pravu ni na kakvu radnju nego na *status quo* u pogledu stvari, da stvar ostane gde jeste, odn. u stanju u kakvom jeste. Ono je pravo stanja (kao što su takva i mnoga druga prava, npr., pravo autora na nepovredivost dela, pravo imati zgradu na tuđem zemljištu, negativne službenosti), a nije, kao što je većina prava na državinu, pravo radnje.

Nesamostalno je pravo uvek onda kad ga zajedno s pravom državine sadrži neko drugo pravo koje držalac ima, npr., svojina, posluga, pravo poslenika po ugovoru o delu. Samostalno postoji kao jedino pravo onda kad držalac nema pravo ili obavezu državine; primerice, kad držalac nije vlasnik nego je lopov ili utajivač, kad prelazi preko tuđeg zemljišta iako nema pravo službenosti prelaza, kad sa stvari dela kao poslenik, a ugovor o delu je nepunovažan. Da bi ga držalac imao, potrebno je i dovoljno da je držalac.

Uvek ima istu i nepromenljivu sadržinu, a obim isključenja svagda je isti, dok su sadržina i obim prava na državinu promenljivi u zavisnosti od sadržine i obima onog prava (svojine, posluge, zaloge i dr.) u kome je ono sadržano. Niko ne sme da preduzme ništa sa stvari što bi narušilo postojeće stanje: da je stvar kod držaoca, odn. da postoji određeno stanje u pogledu stvari (da je automobil parkiran na određenom mestu, da se instalacije nalaze u nekom zemljištu, da neki objekt nije viši od određene visine itd.).

Apsolutnog je dejstva jer svako mora da se uzdrži od toga da bez saglasnosti držaoca preduzme bilo koju radnju u vezi sa stvari kojom bi promenio

---

<sup>51</sup> Po E. Wolfu (*Lehrbuch des Sachenrechts*, Köln i dr., 1979., str. 44) pravo je držaoca kao takvog da vrši postojeću faktičku vlast, a sadržina tog prava je da samo on može da donosi odluke o faktičkoj vlasti koje su moguće na osnovu faktičke vlasti koju ima. Hartung, *op. cit.* u fn. 3, str. 53, 61, državinu vidi kao pravo koje držaocu priznaje mogućnost da ima stvar u smislu daljeg postojanja državine i njenog nesmetanog zadržavanja, čime se, mada sadržina nije i pravo držaoca na upotrebu stvari, držaocu omogućuje i upotreba. Međutim, pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ne služi ni tome da držaocu omogući da odluči o bilo čemu drugom do o uticaju drugih na stvar, niti da držaocu omogući upotrebu stvari ni bilo šta drugo (korišćenje, raspolaganje) već samo i jedino da isključi uticaj trećih na nju.

postojeće stanje; stvarno je pravo jer je suprotstavljivo svakome i opstaje prema svakom novom faktičkom ili pravnom imaoocu stvari; imovinske je prirode pošto ta mogućnost dopuštenja drugom da preduzme radnju u pogledu stvari ima imovinsku vrednost. (Obaveza držaoca da isključi treća od uticaja na državinu može da ide samo zajedno sa ovlašćenjem da to učini, zato se ne govori posebno o njoj.)

Pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ne postoji ni uvek ni prema svakom; uslovi za sticanje i postojanje tog prava određeni su i ograničeni kako u personalnom, tako i u vremenskom pogledu. Prema onima koji nemaju pravo na samopoć, ali imaju pravo na državinu, ono postoji sve dok ovi ne ostvare petitorni zahtev prema držaocu. Ne postoji u odnosu sa onima koji imaju pravo na samopomoć i, dok ga imaju, sa drugima koji imaju pravo da zadiru u tuđu državinu (npr., službenom radnjom, nužnom odbranom i dr.). Onaj prema kome je držalac manljiv (neispravan) sme – bez obzira na volju držaoca – da u određenom vremenu utiče na njegovu faktičku vlast, odn. na stanje u pogledu stvari (personalna relativnost prava isključenja uticaja na državinu). Ali taj prema kome je držalac viciozan, to sme vremenski ograničeno, u nekim porecima samo u vidu početne (defanzivne) samopomoći, drugde i u vidu naknadne (ofanzivne) samopomoći (vremenska relativnost prava isključenja uticaja na državinu). Po prestanku trajanja tih situacija, pravo isključenja trećih od uticaja na državinu postoji i deluje i prema takvom sve dok taj ne ostvari petitorni zahtev prema držaocu. (U radikalnom rešenju, kakvo poznaju francusko i italijansko pravo, petitorni postupak ni ne može da se pokrene dok se pravnosnažno ne okonča posesorni postupak koji je u toku.)<sup>52</sup> Pravo isključenja trećih je, sve u svemu, pravo držaoca na personalno i vremenski ograničenu mogućnost zadržati stvar, ne dati je, odn. uopšte biti pošteđen uticaja drugih na nju.

#### 4. Pravo zaštite državine

Pravo isključenja trećih, kao što se razlikuje od prava na državinu, drugačije je i od prava na zaštitu državine. Pravo zaštite nastaje tek povredom prava isključenja trećih od uticaja na državinu (tzv. smetanjem državine). Pravo isključenja trećih prethodi pravu zaštite. Pravo zaštite državine je pravno priznata

<sup>52</sup> Čl. 1267. CPC Francuske (u ranijem CPC čl. 27.), up. Guinchard, S.; Ferrand, F., *Procédure civile (Droit interne et droit communautaire)*, Paris, 2006., n° 115, Héron, J.; Le Bars, T., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2006., n° 427. Čl. 705. CPC Italije.

mogućnost da se u slučaju smetanja državine putem samopomoći ili suda ponovo uspostavi situacija kakva odgovara pravu isključenja trećih od uticaja na državinu; pravo da mu se vrati uzeta stvar, prestane sa radnjom smetanja ili izvrši nova radi uklanjanja stanja smetanja stvorenog radnjom smetanja. Zasmetani držalac ima pravo na onakvu zaštitu (putem samopomoći, odn. suda) kakvu smetanje (oduzimanje ili uznemiravanje) državine u datom slučaju čini potrebnim da bi se držalac našao u pogledu stvari u položaju u kakvom bi bio da smetanja nije bilo, a to znači, bez onakvog uticaja kakav je smetalac ostvario u pogledu stvari. Dok je pravo isključenja trećih od uticaja na državinu pravo na *status quo*, pravo zaštite državine je pravo na *status quo ante*. Vršanjem prava na zaštitu državine ne uspostavlja se stanje kakvo bi odgovaralo pravu na državinu jer posesorna zaštita postoji i kad tog prava nema. A kad ga je imao zasmetani držalac, ono se štiti samo refleksno; ako se uopšte i onoliko koliko se smetanje državine kosi ujedno sa onakvom državinom na kakvu držalac ima pravo.

Ima ga svaki zasmetani držalac koji ima pravo isključenja trećih od uticaja na državinu. Dakle, ne samo onaj ko ima pravo (ili obavezu) državine nego i onaj ko samo ima pravo personalno i vremenski ograničenog isključenja trećih od uticaja na državinu.

Pravo zaštite državine je pravo traženja jer predstavlja ovlašćenje da se od drugoga vansudski ili sudski zahteva neka radnja, a pravo je vlasti kad se putem samopomoći uspostavlja narušeno državinsko stanje. Relativnog dejstva je budući da se sastoji u mogućnosti da se samo od dotičnog smetaoca (i njegovog sledbenika, pod uslovima posesorne zaštite) zahteva šta je potrebno za uklanjanje stanja smetanja, odn. da se samo prema njemu primeni sila. Stvarno je pravo jer – pod uslovima iz pravnog režima koji važi za pravo na zaštitu državine (uslovi za posesornu zaštitu) – opstaje i može se ostvariti prema smetaočevom sledbeniku (opremljeno je, dakle, pravom suprotstavljanja, sledovanja, u nekim državama šire, drugde uže). Imovinske je prirode pošto ta mogućnost ponovnog uspostavljanja neometanog sprovođenja volje u pogledu stvari ima imovinsku vrednost.

##### 5. (Ne)ekspliciranje prava na isključenje trećih od uticaja na državinu?

Za razliku od prava na državinu i prava na zaštitu državine, u zakonodavstvu se pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ne sreće i ne uređuje izričito ni pod tim imenom ni nekim drugim. Na osnovu toga, a ni inače, ne

bi se moglo uzeti da je postojanje ovog prava, ili bar njegovo ekspliciranje, suvišno jer da je ono implicirano u zabrani trećima da diraju u državinu.<sup>53</sup> Kao što iz posvemašnje zabrane trećima da diraju u bilo šta što se tiče nekog lica ne proističe šta taj sam može, a svakako da ne može sve, tako ni iz opšte zabrane svima da diraju u državinu, ne proističe šta je sadržina prava. Ista posvemašnja zabrana stoji nasuprot svakog prava pa se iz nje ne vidi nego iz svakog prava ponaosob šta mu je sadržina. Kao što iz zabrane trećima da diraju u državinu ne proističe da držalac sme da se služi sa stvari, da sme da je ošteti, preradi, promeni joj namenu itd. nego je za to potrebno pravo na državinu, tako ne proističe ni sadržina ovog prava nego je zakonodavac mora opredeliti. Samo što on to može da izrazi kroz uslove zaštite, i ne imenujući i ne eksplicirajući ovo pravo posebno. U propisu se, zato, ni ne mora izričito navesti pravo isključenja trećih. Dovoljno je što se uvek izričito uređuje pravo zaštite državnine, a pošto zakonodavac opredeljuje svojstva (režim) prava zaštite državnine na osnovu svoje zamisli o svojstvima (režimu) prava isključenja trećih iz uticaja na državinu (koju zamisao uvek ima mada samo pravo ne eksplicira u propisu), to se onda svojstva prava isključenja mogu očitati iz toga kako je uređeno pravo zaštite državnine.<sup>54</sup>

U naučnom i obrazovnom radu, međutim, nema nikakvog opravdanja da se oba prava ne ekspliciraju budući da razlika među njima stvarno postoji. Ne bi se moglo reći da je, pošto je držaocu zakonom priznato pravo na zaštitu državnine, svejedno da li smo svesni da se ono zasniva na pravu isključenja trećih od uticaja na državinu ili da s njim nije u vezi. To jednako tako nije svejedno kao što ne bi bilo svejedno da li bi se, npr., zbog toga što je zakonom priznat reivindikacioni zahtev tvrdilo da je, pošto postoji priznat reivindikacioni zahtev, izlišno govoriti i o pravu svojine iako se taj zahtev na njemu zasniva. Valja biti svestan prava isključenja trećih od uticaja na državinu jer je ono vezivni član između državnine i prava na zaštitu državnine.

<sup>53</sup> Kritiku teorije imperativa čija bi ovo bila postavka v. sa upućivanjima kod Vodine-  
lić, *op. cit.* u fn. 41, str. 192 *sqq.*

<sup>54</sup> Zato ga ne navodi i ne uređuje izričito ni Nacrt ZSDSP već samo pravo zaštite državnine, čl. 2., t. 12.; čl. 40.; čl. 69, v. *Ka novom stvarnom pravu Srbije*, (*op. cit.* u fn. 46), str. 17, 23, 27 *sqq.* = *Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens* (*op. cit.* u fn. 46), str. 183 *sqq.*, 189, 194 *sqq.*

#### 6. Međusobni odnos državine, prava državine, prava isključenja trećih od uticaja na državinu i prava zaštite državine

Redovno je da jedno isto lice ima i državinu i pravo državine i pravo isključenja trećih od uticaja na državinu i pravo zaštite državine. Ali, neretko nije tako. Imalac državine može biti i bez prava državine (npr., lopov, uzurpator) i bez prava isključenja trećih od uticaja na državinu i bez prava zaštite državine (npr., ako je drugome oteo stvar, a ovaj ju je vratio putem samopomoći). Imalac prava državine može nemati ni državinu (npr. vlasnik kome je stvar ote-ta, imalac prava službenosti prelaska kome je prelazak onemogućen) ni pravo isključenja trećih od uticaja na državinu ni pravo zaštite državine (npr. jer je protekao rok u kome je smeo isključiti treće, odn. rok za zaštitu). Imalac prava isključenja trećih od uticaja na državinu takođe može nemati ni državinu (ako mu je oduzeta) ni pravo zaštite državine (ako je protekao rok u kome onaj prema kome je držalac viciozan ima pravo zaštite državine) ni pravo državine. Imalac prava zaštite državine može biti i bez državine (recimo, ako mu je oduzeta) i bez prava državine (jer je, npr., nepunovažan osnov po kome je stvar pribavio u državinu), ali ne i bez prava isključenja trećih od uticaja na državinu.

Za odnos između prava isključenja trećih i prava na zaštitu, koji je od interesa u ovom radu, važi, prema tome, sledeće: pravo isključenja trećih može da postoji bez prava na zaštitu, ali pravo na zaštitu nije moguće bez prava isključenja trećih. To je zato što se pravo na zaštitu rađa samo i jedino ako je povređeno pravo isključenja trećih.

#### **b. Faktička vlast, odn. stanje – osobenost pravne ustanove državine?**

Državina je kao pravna ustanova mešovite prirode, kombinacija faktičkog elementa (komponente) i pravnog elementa (komponente) – složaj činjenice i subjektivnih prava ili obaveze. Od četiri njena sastavna dela, relevantna za posesornu zaštitu, tri predstavljaju pravne kategorije: subjektivna prava, odn. obaveza (pravo ili obaveza državine, pravo isključenja trećih, pravo zaštite državine). Naizgled je osobenost ustanove državina u odnosu na druge stvarnopravne ustanove to što se ne sastoji samo iz ovlašćenja nego osim te pravne komponente sadrži i činjeničnu komponentu – faktičku vlast, odn. faktičko stanje, element koji je materijalan, opipljiv, opaziv čulima, a ne samo rezultat misaone operacije, dok svojinu, realni teret, pravo hipoteke i dr. uvek čine samo prava (ovlašćenja, pravno priznate i zaštićene mogućnosti), dakle,

samo nematerijalno, neopipljivo, čulima neopazivo. Ali samo naizgled jedino struktura ustanove državine ima formulu: fakt + pravo. Istu kombinaciju faktičkog elementa i pravnog elementa ustanova državine deli kao zajedničku strukturnu osobinu bar još sa ručnom zalogom, zakupom, retencijom, pravom građenja. U stvari, sa svim onim stvarnopravnim ustanovama kojih nema bez faktičke komponente jer ni prava, odn. obaveze u njihovom sastavu ne postoje, ne nastaju ili ne opstaju bez faktičke vlasti, odn. faktičkog stanja. Prema tome, faktička komponenta, faktička vlast, odn. faktičko stanje nije osoben strukturni sastojak ustanove državine. Ali, ona ima nekih drugih osobenosti.

Osobenost je što je moguće da držalac ima samo državinu (faktičku vlast ili faktičko stanje) bez prava državine, prava isključenja trećeg i prava zaštite državine dok niko ne može biti, npr., zakupac ili imati ručnu zalogu samo na osnovu faktičkog elementa, državine u užem smislu, a bez ovlašćenja. Državina kao faktička vlast ili faktičko stanje može da bude samostalna, da postoji i bez pravnih elemenata, a može da bude i nesamostalna, sastavni deo druge pravne ustanove. Svojina i druga stvarna prava nisu, međutim, sastavni deo drugih prava. Dok pravno ne postoji svojina bez prava svojine, zakup bez prava zakupa, delo bez obaveze dela itd., dotle državina postoji i ako nema prava državine, odn. obaveze državine kao državina sama (*državina stricto sensu*). Vlasnik ili zalogoprimalac ne mogu da budu vlasnik ili zalogoprimalac ako nemaju pravo svojine, odn. pravo zaloge, a držalac može da bude držalac i bez prava na državinu. Vlasnik ne može da nema pravo svojine, a da bude vlasnik; poslenik ne može da bude poslenik, a da nema obavezu dela itd. Onaj ko se ponaša u pogledu stvari kao vlasnik ili poslenik, a nema pravo svojine, odn. obavezu poslenika, nije vlasnik, odn. poslenik. Držalac, naprotiv, jeste držalac iako nema pravo ili obavezu državine i bez obzira na to zašto nema to pravo ili obavezu. Iako nema pravo ili obavezu državine, jeste držalac ako se u pogledu stvari ponaša kao imalac prava ili obaveze državine.

Osobeno za pravnu ustanovu državine jeste i to što, za razliku od ovlašćenja iz sastava ostalih stvarnopravnih ustanova, ovlašćenja koja je čine nemaju uvek istu pravnu prirodu. Svojina, zaloga i druga stvarna prava uvek su i samo stvarnopravne prirode. Pravo isključenja trećih i pravo zaštite državine jesu takođe uvek stvarnopravne prirode, ali je pravo državine stvarnopravne prirode samo kad je sastavni deo nekog stvarnog prava (npr., prava svojine, zaloge).

Sve rečeno o faktičkoj komponenti i o osobenostima ustanove državine *mutatis mutandis* važi i za pravnu ustanovu pritežanja. Reklo bi se, na prvi pogled, da ona dalje nije od interesa u radu koji se pita o tome šta se štiti u posesornom

postupku pošto se pritežanje u slučaju smetanja štiti samo putem samopomoći, a ne i putem suda. Čak ni to, međutim, ne stoji u toj širini jer ima primera u uporednom pravu (ne i na području bivših jugoslovenskih država) da je i pritežiocima dostupna zaštita posesornog postupka.<sup>55</sup> Tako da dalje možemo, ne razdvajajući ih, pitati šta je to što se štiti u posesornom postupku i da li je zaštita fakta (bilo da se radi o državini ili pritežanju) možda ta osobenost posesornog postupka?

## V. ŠTA SE ŠTITI U POSESORNOM POSTUPKU? OSOBNOST POSESORNOG POSTUPKA - ZAŠTITA FAKTA?

Uobičajena tvrdnja baš i glasi da posesorni postupak služi zaštiti državine, a osoben je po tome što državina, dakle, ono što se štiti, nije subjektivno pravo nego fakt, a štiti se nezavisno od prava, dok ostali postupci, namenjeni zaštiti, služe zaštiti prava. Moj stav je da ovaj postupak nema takvu osobenost. Predmet zaštite je, naime, i u ovom postupku jedno subjektivno pravo. U posesornom postupku ne štiti se ni državina kao faktička vlast, odn. stanje ni pravo na državinu kao faktičku vlast ili stanje nego pravo isključenja trećih od uticaja na državinu. Putem posesornog postupka ostvaruje se pravo na zaštitu državine, a pravo na zaštitu državine (i vansudskim i) sudskim putem nastaje zbog povrede prava na isključenje trećih od uticaja na državinu. Posesorni postupak ne pokazuje nikakvu osobenost u tom smislu da se njime štiti faktička vlast ili faktičko stanje, a ne pravo (1), ali svoju osobenost ima pravo koje se štiti u posesornom postupku – pravo isključenja trećih od uticaja na državinu (2).

### a. Državina nije predmet zaštite u posesornom postupku

Kad se tvrdi, kao što je toliko uobičajeno, da se u posesornom postupku štiti državina, posredi je jedno neopravdano poistovećivanje dvaju različitih pojava. Rasprostranjena tvrdnja o zaštiti državine u posesornom postupku posledica je poistovećivanja i mešanja državine i prava na isključenje trećih od uticaja na državinu. Sličnih pravno neispravnih poistovećivanja pojava koje su

<sup>55</sup> I to ne samo onim pritežiocima koji su u subjektivnom konceptu ujedno držaoci prava nego i nekim čistim pritežiocima kakvi su u Italiji tzv. autonomni nekvalifikovani pritežiocima (*il detentore non qualificato, ma autonomo*, npr., čuvar) koji sudsku posesornu zaštitu uživaju prema trećima po čl. 1168., st. 2. CC, v. Gambaro, A.; Morello, U., *Tratatto dei diritti reali. Vol. 1. Proprietà e possesso*, Milano, 2010., str. 402; Delli Priscoli, L. u: Ruperto, C., *La giurisprudenza sul Codice civile (coordinata con la dottrina). Libro III. Della proprietà* (art. 1140. – 1172.), Milano, 2011., str. 236 sqq.



različite ima ne samo među laicima nego i u pravničkom izražavanju. Tako, mada se o stvari govori da je svojina, ona, naravno, to nije nego na stvari postoji pravo svojine; mada se govori o pokretnoj i nepokretnoj imovini, nije imovina takva nego su prava na pokretnim stvarima ili na nepokretnim; mada se govori o kupovini stana, pravno se ne kupuje stan nego pravo svojine na stanu itd. Isto kao što se u nekim od tih slučajeva desilo da se nešto što je pravno doživljava kao nešto što je materijalno, isto tako je atak na državinu, dakle, lišavanje ili narušavanje faktičke vlasti ili stanja u pogledu stvari, nešto što je jedino materijalno i čulima opazivo, dok je povreda prava na isključenje trećih nešto nematerijalno i čulima neopazivo. To nematerijalno i čulima neopazivo povređuje se uticajem na materijalno i čulima opazivo. Ali to nije razlog da se pravne predstave o predmetu zaštite u posesornom postupku grade na laičkim, predpravnim predstavama koje ostaju na nivou materijalnog i čulima opazivog, a ne dosežu do onoga što je nematerijalno i čulima neopazivo. Pojednako kako se, npr., u postupku po reivindikaciji, negatoriji ili publicijani ne štiti stvar iako su opazive samo materijalne radnje ili promena faktičkog stanja u vezi sa njom nego se štiti pravo svojine ili jači pravni osnov, tako se ni u posesornom postupku ne štiti državina, dakle, neki fakt iako su opazive samo materijalne radnje ili promena faktičkog stanja u vezi sa stvari nego se štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu.

## **b. Osobnost prava na isključenje trećih od uticaja na državinu**

Putem posesornog postupka ostvaruje se pravo na sudsku zaštitu državnine. Pravo na zaštitu državnine (vansudskim i) sudskim putem nastaje zbog povrede prava na isključenje trećih od uticaja na državinu, a pravo na zaštitu državnine ostvaruje se u sudskom postupku radi zaštite povređenog prava na isključenje trećih od uticaja na državinu. Sam posesorni postupak nije, prema tome, osoben po onome šta se u njemu štiti jer se, dakle, u njemu štiti pravo, a zaštita prava je i inače svojstvena sudskim postupcima koji služe zaštititi nego je osobeno to pravo koje se u tom postupku štiti. Pravo na isključenje trećeg od dodira sa stvari i od drugih uticaja na stvar osobeno je po tome što ono nije dato titularu zato što su mu priznata neka druga (osnovna) ovlašćenja u pogledu stvari nego mu je dato nezavisno od toga da li ima i uprkos tome što nema takva ovlašćenja, a štaviše nekad i uprkos tome što je do stvari i državnine došao povredivši ovlašćenja koja drugi imaju u pogledu stvari (kao lopov, uzurpator, iznuditelj, oduzimač, pribavilac kradomice i dr.). To nameće pitanje koje uobi-

čajeno formulisano glasi zašto se onda u posesornom postupku državina štiti, tj. precizno rečeno, zašto se onda priznaje pravo isključenja trećih od uticaja na stvar. Treće osnovno pitanje o državini zato ne glasi, kako se uobičajeno govori, zašto se u posesornom postupku fakt štiti i kad nije zasnovan na pravu nego zašto se priznaje i štiti pravo isključenja trećih od uticaja na državinu i kad nije zasnovano na nekom pravu na državinu. Kad držalac ima pravo u pogledu stvari, tad se pitamo za objašnjenje zašto se u posesornom postupku držaocu pruža zaštita, a da se pritom ne ulazi u pitanje postojanja prava. Kad, međutim, držalac nema pravo na državinu, tad se traži više od objašnjenja – potrebno je opravdanje posesorne zaštite neuslovljene pravom na državinu. Po učestalosti i raznolikosti obrade pitanje o razlogu (cilju, funkciji, osnovu) posesorne zaštite državine ne zaostaje za pitanjima o pojmu i prirodi državine. Rad o tome takođe ću posvetiti jubilaru u prvoj prilici<sup>56</sup> ne čekajući sledeću spomenicu.

---

<sup>56</sup> Pod naslovom *Čemu posesorni postupak? (O razlogu posesorne zaštite državine)* biće objavljen u časopisu *Pravni zapisi*, časopisu Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu u broju 2/2013.

## Summary

Vladimir V. Vodinelić \*

**WHAT IS PROTECTED IN THE PROCEEDINGS IN DISPUTES  
FOR DISTURBANCE OF POSSESSION?  
ON THE NOTION AND LEGAL NATURE OF POSSESSION**

*The article discusses the two of the three most widely discussed aspects of possession: the notion of possession and its legal nature. There are numerous inconsistencies and controversies in the theory and the practice of the two civil law (Continental-European) concepts of possession, despite pregnant formulas (possessio = corpus + animus; Besitz = tatsächlicher Sachherrschaft). The author singles out ten phenomena of the factual nature (such as, direct spatial relationship with a thing, temporary impossibility of carrying out of will regarding to a thing, indirect possession, hereditary possession, etc.), that are under both concepts qualified as possession, although sometimes under different names, and analyses the possibility to find a uniform definition of possession. The existing legal definitions, where the physical control over a thing or good is central, are not useful. Some authors argue that the uniform notion of possession is not possible, because of different functions of possession (so called relativity of the notion of possession), or because of diversity of phenomena to which the possession is related, or because the classic definition of possession is not suitable (per genus proximum et differentiam specificam). The author of this article does not support this view and argues that the uniform definition is possible. In his view it presents a better solution than alternative techniques according to which only some factual phenomena (physical control over a thing or good) can be qualified as possession, whereas for the rest of phenomena can be determined that they are legally equalized with a possession. The author builds the uniform notion of possession functionally and determines the possession as a physical control or factual state in regard to a thing or good that can respond to the right of ownership (owner-possession), to another right (limited-right-possession) or to the obligation (obligation-possession) and for those with respect to which the legal rules on possession are appropriate and not those on detention. The author argues that this definition is not tautological or negative, because a distinction should be made between the possession itself and the legal rules on possession (legal regime of possession) and it is about the legal rules that are sufficiently determined. Also there is no doubt which legal rules are rules on detention (legal regime). Regarding legal nature, possession is a fact (physical control or factual state of certain characteristics), whereas a legal institution of*

---

\* Dr. dr. h.c. Vladimir V. Vodinelić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University Union, Goce Delčeva 36, Belgrade (Serbia).

*possession is a combination of that fact and legal categories – authorities. Possession as a physical control or state is only one, and that, a factual element of a legal institution of possession. When answering the question, what is protected in the proceedings in disputes for disturbance of possession, it is necessary to take three further elements from the structure of institution of possession, which are legal in their nature: the right of possession, the right to exclude the third persons from affecting the possession and the right to protect the possession. Factual element (physical control and factual state) is not, however, a peculiarity of the legal concept of possession, because some other proprietary rights (such as pledge, retention, rent) have in their structure an element of factual nature besides legal elements as well. Other characteristics of the institution of possessions are: persons entitled to property rights (titulars), for example, an owner or a pledgee can not be the owner or the pledgee respectively if they do not have the right concerned (thus the right of ownership or the right of pledge); but a possessor can be the possessor without having the right of possession. Authorities that constitute ownership or other property rights always have the same legal nature, namely, the property law nature, but the right of possession has such a legal nature that has the right, within which it appears. For example, the right of possession has a nature of the law on obligations, if it is the right of a borrower to possession, but the right of possession has a property law nature, if it is the right of a pledgee to possession. Usually it is suggested that a peculiarity of the proceedings in disputes for disturbance of possession lies in the protection of the fact and not in the protection of rights. But the present author disagrees with this view, because one protects also the right in these proceedings: the right to exclude the third persons from affecting the possession. If this right is infringed, there is the right of the judicial protection of the possession as well as the right of protection of possession out of the court. This right is peculiar among other rights, because it is recognised also in cases when the possessor does not have the basic right in regard to a thing or the right of the possession or even when his possession violates the possessory right of another person. The third basic question on possession is usually formulated as follows: why is the fact protected in the proceedings in disputes for disturbance of possession even if it is not based on right? Instead, it is more appropriate to formulate this third question as follows: why we acknowledge and protect the right to exclude the third persons from affecting the possession in the proceedings in disputes for disturbance of possessions even when this right is based on none of rights to possession?*

*Keywords: subject of protection in proceedings in disputes for disturbance of possession, definition of possession, physical control, legal concept of possession, right to exclude the third persons.*