

# PРАВНА ПРИРОДА ПОСЈЕДА

Mr. sc. Petar Radošević\*

UDK 347.251

347.131.4

Pregledni znanstveni rad

Primljeno: ožujak 2008.

*Autor u radu propituje pravnu prirodu posjeda, te u tu svrhu analizira veći broj bivših i pozitivnih pravnih poredaka. Posebno se želi ispitati pravna priroda objektivno koncipiranog posjeda, kakav je usvojen i u pozitivnom hrvatskom pravu, te vidjeti mogu li se neke od karakteristika takvog posjeda (nasljeđivost, postojanje stupnjevanog posjeda, institut pomoćnika u posjedovanju) pomiriti s određenjem posjeda kao činjenice odn. kao činjenice i prava istovremeno.*

*Ključne riječi: posjed, objektivna koncepcija posjeda, subjektivna koncepcija posjeda, gewere.*

## 1. UVOD

Kao pravom priznata i uređena faktična vlast, posjed je jedan od najistraživanijih i, do naših dana, najspornijih pravnih instituta. On je posebno zanimljiv za izučavanje jer predstavlja područje ispreplitanja stvarnog svijeta s pravnim. Za razliku od nekih drugih pravnih instituta, koji su statični i pripadaju svijetu koji se može spoznati samo pomoću uma, posjed predstavlja živo tkivo socijalnih odnosa među subjektima u društvu glede stvari. Ova karakteristika posjeda, da je stvaran (da uistinu realno postoji u realnom svijetu), čini od njega posebnost u inače apstraktnom svijetu prava.

Posjed privlači pažnju znanstvenika već stoljećima. Mnogi od najvećih pravnih mislilaca uhvatili su se u koštac s problemima vezanim uz posjed, iznijeli mnoge originalne zamisli i teorije, a da u konačnici ništa nije definitivno riješeno, te su mnogi ključni aspekti pravnog uređenja posjeda ostali, unatoč svom trudu, do danas sporni.

---

\* Mr. sc. Petar Radošević, Pokornoga 6, Zagreb

Jedan od takvih problema je i pitanje pravne prirode posjeda, koje će biti predmet obrade u ovom radu.

Rezultati ovog istraživanja pretendiraju da budu, prije svega, na novi način prezentirane teze za raspravu, koje će pomoći da se (još) bolje shvati prav(n)a priroda ovoga zanimljivog instituta.

## 2. DEFINICIJE POSJEDA

Posjed se u teoriji definira kao pravno relevantna faktična vlast koju neka osoba ima u društvu glede određene stvari;<sup>1</sup> držanje stvari s voljom držati je kao svoju;<sup>2</sup> faktična vlast na stvari;<sup>3</sup> faktična vlast na tjelesnoj stvari, bez obzira na pravo;<sup>4</sup> stvarna vlast na stvari;<sup>5</sup> izvršavanje stvarne vlasti na stvari koje odgovara u svojoj vanjskoj manifestaciji, izvršavanju nekog prava;<sup>6</sup> stvarna vlast koja može biti odvojena od prava;<sup>7</sup> takvo stanje u kojem se stvar drži u svojoj vlasti ili pohrani s namjerom imati ju za sebe;<sup>8</sup> vanjskim aktom utemeljena mogućnost samostalne vlasti na stvari.<sup>9</sup>

U zakonskim tekstovima<sup>10</sup> posjed se definira kao faktična vlast glede neke stvari<sup>11</sup> (ZV<sup>12</sup> 10./1); držanje (detencija) ili uživanje neke stvari ili prava koje

---

<sup>1</sup> Gavella, Nikola; Josipović, Tatjana; Gliha, Igor; Belaj, Vlado; Stipković, Zlatan: *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998. (dalje u tekstu: Gavella *et al.*), str. 103.

<sup>2</sup> Rajačić, Čedo: *Stvarno pravo*, predavanja, Zagreb, 1956., str. 34.

<sup>3</sup> Vedriš, Martin; Klarić, Petar: *Građansko pravo*, IX. izd., Zagreb, 2006. (dalje u tekstu: Vedriš-Klarić), str. 196.

<sup>4</sup> Romac, Ante: *Rimsko pravo*, II. izd., Zagreb, 1987., str. 138.

<sup>5</sup> *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, sv. VI/Sachenrecht, München, 2004., str. 13.; Gierke, Otto: *Deutsches Privatrecht*, II. sv., Leipzig, 1905., str. 212.

<sup>6</sup> Planiol i Ripert cit. prema Cornu, Gerard: *Droit civil*, II. izd., sv. I, Pariz, 1984.

<sup>7</sup> Carbonnier, Jean: *Droit civil*, sv. III./Les Biens, Pariz, 1983.-1985., str. 173.

<sup>8</sup> Danzer, Max: *Das Bayerische Landrecht*, München, 1894., str. 87.

<sup>9</sup> Randa, Anton: *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, IV. izd., Leipzig, 1895., str. 96.

<sup>10</sup> U ovom radu primijenjena je skraćena metoda citiranja zakonskih tekstova. Tako prvi broj označava broj zakonskog članka, a drugi stavka unutar navedenog članka, dok su puni nazivi zakona za koje se navode kratice dati na mjestima gdje se isti prvi put spominju. Također, napominjemo da su svi prijevodi stranih zakonskih tekstova djelo autora (osim ako je izričito naznačen izvor prijevoda), te se nadamo da smo pri njihovom prijevodu zadržali i što doslovniji izričaj, ali i duh izvornog teksta.

<sup>11</sup> Ista je definicija iz čl. 919. Švicarskog građanskog zakonika /ZGB/: "Posjednik je onaj tko posjeduje faktičnu vlast glede stvari." ("Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer")

<sup>12</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 91/1996., 68/1998., 137/1999.-USRH, 22/2000.-USRH, 73/2000., 114/2001., 79/2006., 141/2006.; dalje u tekstu skraćeno cit.: ZV).

držimo ili izvršavamo sami ili preko nekoga drugog koji ga drži ili izvršava u naše ime;<sup>13</sup> faktično izvršavanje, samostalno ili putem neke druge osobe koja drži stvar, nekoga stvarnog prava kojeg se smatramo nositeljima.<sup>14</sup>

Kako se vidi, sve ove definicije (i teorijske i zakonske) naglašavaju da je posjed faktično stanje, da pripada stvarnom svijetu, a ne svijetu pravnog. Iako je ovo mišljenje danas prevladalo, postojala su i drugačija mišljenja, a pitanje prirode posjeda nije ni do danas riješeno na zadovoljavajući način.

### 3. ČINJENICA ILI PRAVO

Pitanje prirode posjeda vrlo je staro i još do danas neriješeno. Je li posjed činjenica ili pravo? Mnogi su autori pokušali odgovoriti na to pitanje, bez da se došlo do zadovoljavajućeg rješenja. Ipak, utješno je da je navedena diskusija ostala prije svega u domeni znanosti i nije značajnije ometala primjenu posjedovnog prava u praksi.

Još od rimskog prava prevladava gledište da je posjed činjenica.<sup>15</sup> Ovaj je stav bio u potpunosti proveden jedino u (klasičnom) rimskom pravu, te je kao njegova krajnja konzekvenca usvojeno pravilo da posjed ne oživljava automatski po povratku rimskoga građanina iz zarobljeničtva.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> “*La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.*” čl. 2228. Francuskog građanskog zakonika /Code civil/, dalje u tekstu skraćeno cit.: CC

<sup>14</sup> “*La possession est l’exercice de fait, par soi-même ou par l’intermédiaire d’une autre personne qui détient le bien, d’un droit réel dont on se veut titulaire*” čl. 921. st. 1. Građanskog zakonika provincije Quebec /Code civil du Quebec/, dalje u tekstu skraćeno cit.: CCQ

<sup>15</sup> *D.41,2,12,1 Ulpianus libro septuagensimo ad edictum “Nihil commune habet proprietatis cum possessione.”* “Ništa zajedničko nema vlasništvo s posjedom.” (cit. i prijevod Romac, Ante: Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973., str. 205.)

<sup>16</sup> Kako je poznato, pad u ropstvo je u rimskom pravu značio *capitis deminutio maxima*, tj. gubitak pravne sposobnosti subjekta i njegovo svodenje na rang stvari. Da bi se to izbjeglo, u slučaju zarobljavanja rimskoga građanina uvedena je fikcija smrti, tj. uzimalo se kao da je umro u trenutku pada u ropstvo. Kada bi bio oslobođen (ili pobjegao i vratio se na teritorij rimske države), dolazilo je do djelovanja instituta *postliminium* (*ius postliminii*), po kojem bi sva njegova prava oživljavala kao da nikada i nisu prestala. Jedino nisu oživljavali odnosi koje je rimsko pravo promatralo prije svega kao faktične a ne pravne - brak i posjed. Ako bi rimski građanin želio nastaviti brak sa svojom suprugom, morao se ponovno oženiti. Ako bi pak želio nastaviti posjedovati (kao prije pada u ropstvo),

Ipak, unatoč prevladavajućem mišljenju u rimskoj pravnoj doktrini, već su i u antici postojale sumnje u prirodu posjeda. Tako se već kod Papinijana i u Justinijanovom Kodeksu može pročitati mišljenje da posjed ima dvije prirode: i faktičnu i pravnu.<sup>17</sup> Tijekom kasnijeg razvoja pravne znanosti, priroda posjeda kao činjenice sve se više dovodila u pitanje, a sve je više uvažavanja zadobivala teorija po kojoj je posjed jedna vrsta subjektivnog prava na stvari.

Prijelomni trenutak za usvajanje potonje ideje (bar u Njemačkoj), bilo je objavljivanje disertacije H. Hahna 1639. g.,<sup>18</sup> u kojoj je posjed uvršten u subjektivna prava. Ipak, francuski i nizozemski autori 17. i 18. stoljeća i dalje pretežito stoje na stajalištu da je posjed činjenica, dok se u Njemačkoj tek u 18. st. polagano ponovno počinju javljati slične ideje (koje, dakle, govore o faktičnoj prirodi posjeda).

Pod utjecajem vladajućeg gledišta, Austrijski građanski zakonik /**ABGB**/ (donesen 1811. g.) svrstava posjed u prvo poglavlje prvog razdjela drugog dijela zakona koji nosi podnaslov "O pravima stvarnim".<sup>19</sup> Navedena diskusija o prirodi posjeda poseban je zamah dobila u 19. st. u njemačkoj pravnoj znanosti, gdje se vodila s posebnom žestinom, i gdje su se najveći pravni autoriteti sukobljavali oko tog pitanja.<sup>20,21</sup> Randa, koji se sam vatreno zalagao

morao je ponovno (faktičkim putem) steći posjed. (o *ius postliminii* v. opširnije Romac, Rimsko pravo, str. 80.; Horvat, Marijan: Rimsko pravo, sv. I., Zagreb, 1952., str. 99.)

<sup>17</sup> *D.41,2,49,1 Papinianus libro secundo definitionum* "Qui in aliena potestate sunt, rem peculiam tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed iuris est." "Osobe koje su podređene tuđoj vlasti mogu držati stvar koja ulazi u pekulij, ali ne mogu biti njezini vlasnici i posjednici, jer posjed nije samo faktično pitanje, nego se tiče i prava."

*CJ. 7,32,10 Imp. Constantinus A. ad Maternum (a. 314)* "Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore..." "Nitko ne može sumnjati u činjenicu da posjed ima dvije osnove, od kojih je jedna vezana uz pravo a druga se sastoji od fizičkog držanja..." (cit. i prijevod Romac: Izvori, str. 205. i 211.)

<sup>18</sup> Naziv navedene disertacije bio je "*De iure rerum et juris in re speciebus*", v. opširnije Gavella, Nikola: *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990., str. 1. (dalje u tekstu: Gavella, Posjed); Gavella et al., *op. cit.*, str. 105.

<sup>19</sup> Slično su postupali (tj. svrstavali posjed među stvarna prava), i bivši bavarski i pruski zakonici (Randa, *op. cit.*, str. 117. bilj. 17.)

<sup>20</sup> Opširno o toj diskusiji v. Randa, *op. cit.*, str. 96. i sl.

<sup>21</sup> Navodimo nekoliko mišljenja o prirodi posjeda (*cit. prema* Eccius, M. F.: *Preußisches Privatrecht*, sv. III, Berlin, 1892., str. 12., bilj. 3.): "posjed je činjenica - ni pravo - ni nepravo - on stoji pored prava" (Randa); "posjedovati stvar znači stvarno ju imati u svojoj vlasti. Posjed, iako nije pravo, ima pravne posljedice" (Windscheid); "Posjed nije, kao što

za ideju da je posjed činjenica, navodi nekoliko razloga koje govore tome u prilog:<sup>22</sup>

1. faktična priroda posjeda ne mijenja se time što pravo uz njega vezuje neke pravne posljedice. I uz druge činjenice pravo vezuje neke pravne posljedice, pa one ne postaju samo zbog toga pravo (npr. uz činjenicu ljudske egzistencije - pravnu sposobnost, uz punoljetnost - poslovnu sposobnost...).
2. posjed nije pravo zato što se štiti od samovlasti. Da bi posjed zbog toga bio pravo, morao bi postojati zahtjev (*Ansprucht*) posjednika prema svim trećim osobama da se suzdrže od samovlasti, a takav zahtjev ne postoji.
3. posjed nije pravo samo zato što pozitivno pravo modificira uvjete njegovog stjecanja i gubitka. Iako pravo često priznaje kao posjed situacije kod kojih ne postoje svi elementi posjeda, a one situacije u kojima isti postoje ne priznaje kao posjed, posjed time ne postaje pravna moć subjekta glede neke stvari (odn. subjektivno pravo). Gubitak i stjecanje posjeda su samo drugi izrazi za postojanje i nepostojanje posjeda koji su uzeti analogijom s pravima.

Ipak, po Randi posjed može biti predmet pravnog prometa. Ovo zbog toga što uz činjenicu posjedovanja pravo vezuje razne pravne prednosti, koje onda mogu biti u pravnom prometu (tako se posjed može prodati, iznajmiti, dati u prekarij itd.). Unatoč navedenom, pravnim se poslovima ne može prenijeti posjed (jer on je činjenica), već se njima samo pripremaju mogućnosti za stjecanje posjeda od strane stjecatelja.<sup>23</sup>

S druge su, pak, strane mnogi autori zastupali stav da je posjed pravo, a najpoznatiji zastupnik te teorije bio je Jhering. Jhering, smatrajući da je subjektivno pravo zakonom zaštićen interes, zaključuje da se svako subjektivno pravo sastoji od interesa i od zaštite, a to oboje, po njegovom mišljenju, postoji i kod posjeda.<sup>24</sup>

Osim ove dvije potpuno oprečne struje, postojala je i treća, koja je pokušala pomiriti suprotstavljene strane. Tako se razvio velik broj teorija po kojima je

---

mnogi misle, pravo. On je više jedan fenomen koji stoji izvan prava, čak i ako su prava vezana za njega" (Dernburg); Suprotnog je mišljenja Lenz "posjed nije činjenica, a nije niti mješavina činjenice i prava, on je prije jedino pravo na stvari"; "pravo koje se može očuvati samovlašću protiv samovlasti" (Kindel); "puki fizički posjed je već jedno pravo na stvari, iako još uvijek ne dovoljno da bih ju promatrao kao svoju" (Kant).

<sup>22</sup> Randa, *op. cit.*, str. 98. i dalje

<sup>23</sup> Randa, *op. cit.*, str. 117. i dalje

<sup>24</sup> Navedeno prema Gavella, *Posjed*, str. 2.

posjed istovremeno i činjenica i pravo, tj. po kojima posjed ima dvostruku prirodu. Začetnik i najpoznatiji proponent navedene teorije bio je Savigny, koji, iako je počeo kao zagovornik ideje da je posjed činjenica, tijekom vremena modificira svoje mišljenje i počinje se zalagati za mješovitu teoriju.<sup>25</sup> Savigny navodi da je “jasno da je posjed sam po sebi, po svojem izvornom pojmu, jedna obična činjenica: isto je tako sigurno da su s tim povezane pravne posljedice. U skladu s tim on je istodobno i činjenica i pravo, naime po svojoj biti činjenica, a po svojim posljedicama pravo, i ovaj dvostruki odnos je neopisivo važan za cjelinu.<sup>26</sup>”, te malo kasnije “naime, posjed je činjenica utoliko što mu se u osnovi nalazi jedan puki faktični, nepravni odnos (detencija), ali posjed je pravo utoliko što su sa pukim postojanjem faktičnog odnosa povezana prava,<sup>27</sup>” te zaključuje “tako je dakle posjed (u gore spomenutom smislu) istovremeno i činjenica i pravo.”<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Obično se u literaturi navodi da je Savigny u prvom izdanju svoje znamenite knjige pristajao uz zagovornike teorije da je posjed činjenica, a da je zatim tijekom vremena (u VII. izd. navedenog djela), modificirao svoje stavove i usvojio tezu o dvostrukom karakteru posjeda. Zainteresirani tom promjenom mišljenja, konzultirali smo i prvo izdanje njegove knjige (Savigny, F. C.: *Das Recht des Besitzes*, Gießen, 1803.), i začudo, nismo našli neke značajnije razlike u odnosu na posljednje (VII.) izdanje. Iako je prvo izdanje mnogo skromnijeg obujma, i u njemu se također nalaze riječi “jasno je da je posjed sam po sebi, po svojem izvornom pojmu, jedna obična činjenica: isto je tako sigurno da su s tim povezane pravne posljedice. U skladu s tim on je istodobno i činjenica i pravo, naime po svojoj biti činjenica, a po svojim posljedicama pravo, i ovaj dvostruki odnos je neopisivo važan za cjelinu” (str. 22.), te rečenica “*So ist also der Besitz Factum und Recht zugleich.*” (str. 25.). Čini se da Savigny i nije odstupio od svojih stavova o prirodi posjeda, već ih je jednostavno (kao što je i za očekivati) u kasnijim izdanjima svoje knjige nadopunio i bolje obrazložio, bez zadiranja u najvažnije postavke svoje teorije.

<sup>26</sup> Savigny, F. C.: *Das Recht des Besitzes*, VII. izd., Beč, 1865., str. 43. Da ne bi bilo dvojbe o stavu autora, § 5. navedenog djela nosi naslov “*Der Besitz ist Recht und Factum zugleich*”

<sup>27</sup> Savigny, *op. cit.*, str. 47.

<sup>28</sup> Savigny, *ibid.*

Danas je, kako u stranoj<sup>29</sup>, tako i u domaćoj pravnoj literaturi,<sup>30</sup> najprihvaćenija teorija koja posjedu priznaje dvostruku prirodu (odn. neka njena varijanta, koja priznaje posjed kao činjenicu, ali uvažava i njegove pravne učinke).

Kako je posjed (što je vidljivo iz dosadašnjeg izlaganja) faktični odnos koji je ipak pod velikim utjecajem prava, smatramo da se odgovor na pitanje o prirodi posjeda ne može dati na općenitoj razini, jedinstveno za sve pravne poretke u povijesti, već da treba promotriti konkretno pravno uređenje posjeda u svakom pojedinom od njih, da bi se moglo zaključiti preteže li u tom poretku kod posjeda element faktičnoga ili element pravnoga (pa je posjed u skladu s time više činjenica ili subjektivno pravo), odn. jesu li navedeni utjecaji podjednaki pa se može reći da posjed jest istodobno i činjenica i pravo. Kako bi izučavanje svih (ili bar većeg broja najznačajnijih) pravnih poredaka koji su postojali i koji postoje danas u svijetu bio izuzetno zahtjevan posao (i nemoguć za obavljanje), a osim toga i nepotreban za ovu analizu, nećemo ga se poduhvaćati.

Umjesto toga, dostaje proučiti dvije koncepcije posjeda koje su do danas izgrađene u znanosti, i to proučiti ih na apstraktnoj razini (s pozivanjem na konkretne odredbe konkretnih - bivših ili pozitivnih - zakona samo radi lakšeg razumijevanja općih principa i duha kojim su nadahnute). Shvaćanjem općih zakonitosti na kojima počiva svaka od te dvije koncepcije, bit ćemo u mogućnosti bez većih problema obuhvatiti (manje ili više) u potpunosti i cjelokupnu pravnu misao o posjedu koja se razvijala od rimskog doba do danas, te nakon toga s većom sigurnošću ponuditi odgovor na pitanje o pravnoj prirodi posjeda.

Te dvije koncepcije nazivaju se subjektivna (rimska, tradicionalna) i objektivna (germanska, moderna) koncepcija.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> "Posjed je pravno zaštićen i s njegovim postojanjem su povezane pravne posljedice. Stoga može biti opisan kao pravni položaj (*Rechtsposition*)" (Münchener Kommentar, str. 14.)

<sup>30</sup> Gavella *et al.*, *op. cit.*, str. 106.: "Može se kazati da suvremena pravna doktrina smatra posjed činjenicom, ali socijalnom činjenicom, koja je pravno relevantna - izaziva određene pravne učinke. Tu teoriju slijedi i naše suvremeno stvarnopravno uređenje."; "Nijedan posjed nije obična socijalna činjenica, nego je ujedno i pravna činjenica, uz čije postojanje pravni poredak veže specifične pravne učinke (Gavella, *Posjed*, str. 5.); "Posjed ulazi u pravnu sferu ali nije pravo... kod posjeda iz faktičnog stanja proizlaze subjektivna prava ..." (Rajačić, *op. cit.*, str. 8.); "Posjed je, i pored toga što ga označavamo kao faktičnu vlast na stvari, istovremeno i pravna kategorija" (Krneta, Slavica: *Posjed prava u povijesnom i suvremenom značenju*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supp., br. 3/2003., str. 2.).

<sup>31</sup> Svjesni smo prigovora da se u našoj pravnoj doktrini govori o koncepciji posjeda, a zapravo je riječ o konstrukciji posjeda (Gavella, Nikola: O posjedu s obzirom na uređenje

#### 4. OPĆENITO O OBJEKTIVNOJ I SUBJEKTIVNOJ KONCEPCIJI POSJEDA

Objektivna je koncepcija nastala u njemačkoj pravnoj znanosti u drugoj polovici 19. st., te je prvi puta oživotvorena u njemačkom Građanskom zakoniku (BGB), koji je stupio na snagu 1. siječnja 1900. g. Od tada objektivna je koncepcija prihvaćena i u mnogim drugim pravnim poretcima u cijelom svijetu (osim pravnih poredaka njemačkoga pravnog kruga, među koje spada i hrvatsko pravo, objektivna je koncepcija posjeda, u novije vrijeme po priznavanju pravnih posljedica posjeda utjecala i na francusko pravo, o čemu više u daljnjem tekstu).

Do nastanka objektivne koncepcije posjeda, prevladavala je tzv. subjektivna koncepcija, koju je (u današnjem obliku) postavio jedan od najvećih pravnih stručnjaka 19. st., C. F. von Savigny, a za koju je smatrao da potječe još iz rimskog prava. Ova je koncepcija sve do (kraja) 19. i početka 20. stoljeća prevladavala u pravnim poretcima Europe, a i danas je u uporabi u zemljama tzv. romanske podskupine pravnih poredaka kontinentalnoeuropskoga pravnog kruga.<sup>32</sup> Savigny je, naime, smatrao da je analizom fragmenata rimskih pravnika otkrio na koji je način posjed bio uređen u rimskom pravu, što je zbog velikog ugleda koji je uživao sam Savigny, kao i rimsko pravo u cijelosti, prihvaćeno kao pozitivno pravo u velikom dijelu Europe.<sup>33</sup>

---

koje je uspostavio Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Naša zakonitost, XXXV/1981., br. 4., str. 51. bilj. 2. - dalje u tekstu: Gavella, *O posjedu*). Ipak, budući da je općeprihvaćen termin koncepcija posjeda, koristit će se i u ovom radu.

<sup>32</sup> U stvari, prihvaćanje subjektivne ili objektivne koncepcije je, kako se čini, više povezano s određenim vremenskim razdobljem nego s podjelom na romanski i germanski pravni krug. Tako je uočljivo da stari građanski zakonici, bilo kojem da pravnom krugu pripadaju, usvajaju subjektivnu koncepciju, koja je početkom 19. st. jedina i bila razrađena (npr. Code civil, ali i ABGB, iako austrijsko pravo pripada germanskom pravnom krugu). S druge strane moderni zakonici, kao npr. BGB (donesen 1896., stupio na snagu 1.1.1900.) i ZGB (donesen 1907., stupio na snagu 1912.) prihvaćaju objektivnu koncepciju posjeda. Može se stoga reći da je subjektivna koncepcija tradicionalna koncepcija, a objektivna moderna (što bi bilo preciznije nego nazivi romanska i germanska koncepcija).

<sup>33</sup> Ipak, potrebno je podsjetiti da su rimski pravni tekstovi pretežito očuvani u fragmentarnom obliku, s brojnim interpolacijama kasnijih prepisivača, te da se u skladu s time ne može pouzdano utvrditi kako su rimski pravници shvaćali posjed. Stoga treba relativizirati navod da je subjektivna koncepcija posjeda uistinu razvijena i prihvaćena još u



Svi pravni poretci, kako bivši tako i postojeći, mogu se svrstati u jednu od ove dvije koncepcije.

Predmet analize prvo će biti subjektivna koncepcija.

#### 4.1. Subjektivna koncepcija posjeda

Subjektivnom se koncepcijom naziva tradicionalna konstrukcija posjeda, koja je u prošlosti prevladavala, a koja se i danas primjenjuje u mnogim pravnim poretcima. Prije nego pogledamo kako je posjed uređen u modernim pravnim sustavima koji prihvaćaju subjektivnu koncepciju posjeda, valjalo bi ukratko pogledati kako je posjed bio uređen u rimskom pravu na koje se pobornici subjektivne koncepcije posjeda pozivaju kao na njeno izvoriste.

U rimskom pravu<sup>34</sup> posjed se sastojao od dva elementa: činjenice faktičnog držanja stvari i volje da se stvar drži.<sup>35</sup> Posjed koji je sadržavao oba ova elementa zvao se *possessio ad interdicta*, zato što je bio zaštićen posebnom posjedovnom zaštitom (pretorskim interdiktima). Kao suprotnost pojmu *possessio ad interdicta*, rimsko pravo postavlja pojam *possessio naturalis*, kod kojeg ne postoji voljni element, već samo *corpus*.

---

rimskom pravu. Potrebno je također podsjetiti da ni rimsko pravo nije bilo jedinstveno, već su postojale razne pravne škole (najpoznatije su bile sabinovska i prokulovska), koje su zastupale različita mišljenja. Stoga je preciznije reći da je subjektivnu koncepciju posjeda kakvu poznajemo danas razvio Savigny, kao njegovo tumačenje shvaćanja posjeda u rimskom pravu, a oslanjajući se na izraz *animus domini*, koji se prvi puta spominje u nekim interpolacijama iz Justinijanovog doba (opširnije v. Horvat, *op. cit.*, str. 157. bilj. 5). Postoje i mišljenja da bi izraze na grčkom, na koje se pozivao Savigny, ispravnije bilo prevoditi sa *animus dominantis* (Eccius, *op. cit.*, str. 35.). Zanimljivo je da je i germanSKU koncepciju posjeda razvio također istaknuti romanist, Jhering, kao svoje tumačenje prirode posjeda. Može se dakle reći da se obje ove koncepcije pozivaju na rimsko pravo, a da ni jedna od njih ne može sa sigurnošću ustvrditi da uistinu odgovara shvaćanjima rimskih pravnika.

<sup>34</sup> Pregled dat prema Romac, *Rimsko pravo*, str. 138. i sl.; Horvat, *op. cit.*, str. 150. i sl.

<sup>35</sup> Iako se ova volja danas obično naziva *animus domini*, taj je naziv točniji za označavanje volje koju zahtijeva (moderna) subjektivna koncepcija posjeda, nego volje koju je (vjerojatno) zahtijevalo rimsko pravo. Naime, izraz *animus domini* ne koristi se u klasičnom rimskom pravu, nego tek u Justinijanovo doba, a pogotovo ga preuzimaju i populariziraju kasnije pravne škole (glosatori, postglosatori). Klasično rimsko pravo koristi izraze *animus rem sibi habendi* i *animus possidendi*. (Horvat, *op. cit.*, str. 157. bilj. 5.)

*Possessio civilis* bio je *possessio ad interdicta*, koji se uz to temeljio na nekoj pravnoj osnovi (*iusta causa, titulus*), te je kao takav, osim što je omogućavao korištenje posjedovne zaštite, bio podoban i za stjecanje vlasništva putem dosjelosti.

Inače, u rimskom pravu je najdosljednije od svih pravnih poredaka u povijesti provedena ideja da je posjed činjenica, a ne pravo, te kao takav nije oživljavao primjenom instituta *ius postliminii*.<sup>36</sup>

Za stjecanje posjeda bilo je potrebno steći oba njegova elementa, i *corpus* i *animus* (osim u slučaju kada je detentor naknadno stekao *animus*, tzv. *traditio brevi manu*), dok je za gubitak posjeda bilo dovoljno izgubiti samo jedan od njegovih elemenata. Postojalo je doduše nekoliko iznimaka kada bi se posjed očuvao unatoč gubitku *corpura* (*solo animo*), ali oni nisu bili vrlo brojni (npr. kod pašnjaka koji su korišteni samo ljeti odn. zimi itd.). Čini se da je upravo kroz te iznimke došlo do postupne erozije prvenstveno (isključivo) činjeničnog karaktera posjeda.<sup>37</sup> U Justinijanovoj kodifikaciji se, naime, na nekim mjestima izražava shvaćanje da se posjed gubi onako kako se i steče: dakle, kada se izgube i *corpus* i *animus*.<sup>38</sup> Da je ova teorija bila prihvaćena kao pravilo, posjed se nikada ne bi mogao izgubiti gubitkom faktične vlasti na stvari, dok se god ima posjedovna volja. Na taj bi se način posjed prilično približio pravu vlasništva. Iako ova teorija u rimsko doba nije zaživjela u praksi, ona (ako nije riječ o interpolacijama) pokazuje da je u shvaćanju (bar nekih) rimskih pravnika postklasičnog perioda posjed izgubio isključivo činjeničnu prirodu i počeo poprimiti neke osobine koje mu daju pravnu dimenziju.

Na kraju se mora još napomenuti i to da uopće nije sigurno da se u rimskom pravu tražila volja posjedovati kao vlasnik, kakva se traži u (modernoj) subjektivnoj koncepciji posjeda (više o tome u daljnjem tekstu). Na temelju izvora bi se s jednakom lakoćom mogla braniti i teza da se u rimskom pravu zahtijevala jednostavno volja posjedovati, što bi značilo da je posjed priznavan širem krugu ljudi nego što je to slučaj u (modernoj) subjektivnoj koncepciji, iako ne toliko širokom krugu kao što je to kod objektivne koncepcije.

<sup>36</sup> v. *supra* bilj. 16.

<sup>37</sup> A možda je do toga došlo i pod utjecajem učenja o dvostrukoj, činjeničnoj ali i pravnoj, prirodi posjeda, učenja koja nam se nisu očuvala ali na čije postojanje (možda) ukazuju neki fragmenti. v. *supra* bilj. 17.

<sup>38</sup> v. opširnije Romac, *op. cit.*, str. 147.; Horvat, *op. cit.*, str. 159. (osobito bilj. 2. na navedenoj stranici)

Nakon ovoga kraćeg pregleda uređenja posjeda u rimskom pravu, možemo pogledati subjektivnu koncepciju posjeda, onakvu kakvu je postavio Savigny i kakva je još i danas na snazi u mnogim pravnim poretcima. Osnovna okosnica te koncepcije jest ideja da je posjed vanjska slika prava vlasništva, te da posjednik (znači onaj tko ima faktičnu vlast na stvari) mora u vanjskim odnosima (ali i intimno) nastupati kao vlasnik objekta posjeda. Upravo stoga, ova koncepcija kod posjeda razlikuje dva elementa, faktičnu vlast na stvari (tzv. *corpus*, detencija) i voljni element da se stvar drži za sebe, kao vlasnik (poznat pod nazivom *animus domini*). Važno je naglasiti da subjektivna koncepcija posjeda zahtijeva postojanje samo *animusa domini* (dakle, volje da se stvar drži kao vlasnik), a ne i jednoga drugog elementa, tzv. *opinio domini*, odn. uvjerenja posjednika da je on uistinu i vlasnik stvari. Upravo je stoga bilo moguće da se posjed prizna i osobi koja sasvim pouzdano zna da nema nikakva prava na stvar (npr. kradljivcu), pod uvjetom da ona želi tu stvar držati kao svoju.

Ova je ideja o postojanju dva elementa koji samo zajedno konstituiraju posjed, dobro izražena u § 309. ABGB-a riječima “tko stvar kakovu ima u svojoj vlasti ili sahrani zove se njezin držalac.<sup>39</sup> Ako držalac koje stvari ima volju zadržati je kao svoju, tad je njezin posjednik.<sup>40, 41</sup>” Kako se vidi, rješenje koje je usvojila subjektivna koncepcija posjeda uistinu jest subjektivno, jer počiva na volji posjednika, koja u pravilu ne može biti poznata drugim ljudima pošto predstavlja unutrašnji psihološki element posjednika. Stoga je za postojanje posjeda bitna vanjska slika koju pruža odnos nekog subjekta glede određenog objekta. Pravilo je da se presumira da je osoba koja ima detenciju stvari ujedno i njezin posjednik, a ako ona tvrdi suprotno, onda mora imenovati u čije ime drži stvar (tj. tko jest posjednik). Ovo je pravilo izričito naglašeno u čl. 2230. CC-a “uvijek se presumira da se posjeduje za sebe i kao vlasnik, ako

<sup>39</sup> Ovaj izraz (*Inhaber*) možda je danas bolje prevoditi s riječi detentor, čime se postiže veća jasnoća i razumljivost u izlaganju. Svi prijevodi odredaba OZG-a (ABGB-a) u ovom radu uzeti su (ako nije drugačije naznačeno) iz Građanskoga zakonika, uredio F. J. Spevec, Zagreb, 1911.

<sup>40</sup> “*Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.*” (§ 309. ABGB-a)

<sup>41</sup> Isto određuje i CC u čl. 2228. “Posjed je detencija ili korištenje stvari ili prava, koju držimo ili koje vršimo sami ili pomoću nekog drugog koji drži stvar ili vrši pravo u naše ime” (“*La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom.*”)

nije dokazano da se počelo posjedovati za drugog,<sup>42</sup> a isto načelo postulira i CCQ u čl. 921. “posjed je stvarno izvršavanje, osobno ili putem neke druge osobe koja drži stvar, nekog stvarnog prava kojeg se smatramo nositeljima. Posjedovna volja se presumira. Ako izostane, postoji detencija.”<sup>43</sup> Kako se posjedovna volja ne vidi izvana, već se može samo pretpostaviti na temelju postupaka osobe za koju se smatra da je posjednik, isto tako se i odsutnost te volje utvrđuje nekim objektivnim pokazateljima, dok se ne dokaže da posjedovna volja u stvari postoji. Tako je staro pravilo da detentor, koji u odnosima s drugim ljudima nastupa kao takav, ne može postati posjednik bez da u javnosti pokaže svoju (novopridošlu) posjedovnu volju (čak i ako je intimno ima). Ovo načelo, poznato još iz rimskog prava,<sup>44</sup> izražava CC u čl. 2231. riječima: “kada se počelo posjedovati za drugoga, uvijek se posjeduje po istom naslovu, ako se ne dokaže drugačije,<sup>45</sup>” dok je CCQ još precizniji i kaže “onoga koji je počeo držati za račun drugoga ili priznajući višu vlast, se uvijek presumira da drži u istom svojstvu, osim ako postoji dokaz promjene naslova, koji proizlazi iz nedvojbenih činjenica.”<sup>46</sup>

Kako se može i pretpostaviti, subjektivna koncepcija znatno ograničava krug posjednika. Posljedica toga je da mnoge osobe koje imaju određena prava na stvari i koje imaju interesa držati stvar u svojoj faktičnoj vlasti (da bi mogle izvršavati ta svoja prava), nemaju posjed, već im pravni poredak priznaje samo položaj detentora. Najvažnija posljedica takvog stava jest ta da detentori nemaju pravo na posjedovnu zaštitu, već se u slučaju smetanja ili oduzimanja detencije moraju obratiti posjedniku da bi on zahtijevao posjedovnu zaštitu, te i njima na taj način omogućio mirnu detenciju stvari i nesmetano izvršavanje njihovog prava. S obzirom na veliku važnost i velik broj takvih odnosa u svakodnevnom životu (npr. plodouživalac, založni vjerovnik, najmoprimac, zakupnik...), rješenje

<sup>42</sup> “On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre” (čl. 2230. CC-a)

<sup>43</sup> “La possession est l’exercice de fait, par soi-même ou par l’intermédiaire d’une autre personne qui détient le bien, d’un droit réel dont on se veut titulaire. Cette volonté est présumée. Si elle fait défaut, il y a détention.”

<sup>44</sup> *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.*

<sup>45</sup> “Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s’il n’y a preuve du contraire.”

<sup>46</sup> “Celui qui a commencé à détenir pour le compte d’autrui ou avec reconnaissance d’un domaine supérieur est toujours présumé détenir en la même qualité, sauf s’il y a preuve d’intervention de titre résultant de faits non équivoques.” (čl. 923. CCQ-a)

koje nudi subjektivna koncepcija posjeda pokazalo se kao vrlo nepraktično i tegobno za detentore. Stoga je pravo zaobilaznim putem osiguralo posjedovnu zaštitu i takvim osobama. To je učinjeno putem posjeda prava. Stvorena je konstrukcija po kojoj je neki subjekt (samo) detentor stvari, ali je istodobno i posjednik svojeg prava. Tako, u slučaju da mu se oduzme ili smeta njegov (*de facto*) posjed stvari (iako pravo njegov odnos glede stvari priznaje samo kao detenciju), on može ishoditi posjedovnu zaštitu putem svojeg posjeda prava, koji mu je također smetan ili oduzet činom smetanja ili oduzimanja posjeda stvari na kojoj se to pravo trebalo izvršavati. Na taj se način zaobilaznim putem štiti posjed stvari osobe kojoj pravni poredak ne priznaje posjed, putem posjeda prava koji joj pravni poredak priznaje. Zbog svega navedenoga posjed prava je nužni i neizostavni dio prava posjeda u pravnim poretcima koji prihvaćaju subjektivnu koncepciju posjeda, te je stekao toliku važnost u praksi i ugled u znanosti, da su neki smatrali da ga treba zadržati čak i kada je subjektivna koncepcija posjeda napuštena u korist objektivne.<sup>47</sup>

Budući da je subjektivna koncepcija nepružanjem posjedovne zaštite velikom krugu osoba kojima je bila potrebna izazvala velike poteškoće u praksi, javili su se pokušaji da se ti problemi razriješe, ali bez uvođenja objektivne koncepcije posjeda, već drugim zahvatima u pravo posjeda, i ostajući u okvirima subjektivne koncepcije. Takav je put izabralo francusko pravo. Ono je izmjenama CC-a iz 1975. g. propisalo da je posjedovna zaštita dozvoljena i detentoru protiv svih osim protiv posjednika.<sup>48</sup> Ovom je jednostavnom izmjenom u sistemu posjedovne zaštite francusko pravo po učincima izjednačilo svoj (inače subjektivno koncipiran) posjed s objektivno koncipiranim, tako što je širokom krugu osoba priznalo uživanje pravnih prednosti posjeda (iako njihovo stanje i dalje ne naziva posjedom).

Da bi se u potpunosti razumjeli dosezi ove izmjene francuskog prava, potrebno se je podsjetiti da se u literaturi kao dvije glavne (i odlučujuće) pravne posljedice posjeda navode pravo na ostvarivanje posjedovne zaštite i mogućnost dosjedanja.<sup>49</sup> Faktična vlast za koju se ne vezuje bar jedna od ove dvije pravne prednosti ne može se smatrati posjedom. Priznavanjem prava na korištenje

<sup>47</sup> O posjedu prava *v.* opširnije u Radošević, Petar: *Grada posjedovnog odnosa kod objektivno koncipiranog posjeda*, magistarski rad (neobjavljeno), Zagreb, 2007., str. 79. i dalje

<sup>48</sup> "La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits." (novelirani čl. 2282. CC-a)

<sup>49</sup> Tako i Savigny, *op. cit.* (VII. izd.), str. 43.

posjedovne zaštite i detentorima (kako ih naziva CC), oni su zapravo postali posjednici, jer, zbog (očitog) nedostatka poštenja (*bona fides*), oni i onako (u većini pravnih sustava) ne bi mogli dosjedati povjerenu im stvar. Ako je netko detentor, tj. drži stvar u tuđe ime, onda zna da mu ne pripada pravo na posjed (već ono pripada onome u čije ime drži stvar), te je, dakle, nepošten, a bez poštenja se u većini modernih pravnih sustava dosjelošću ne može steći vlasništvo na stvari.<sup>50</sup> Ni činjenica da detentor nema pravo na posjedovnu zaštitu protiv posjednika ne umanjuje njegov položaj kao (*de facto*) posjednika. Ovo stoga što detentor, da bi uopće došao u situaciju da traži posjedovnu zaštitu prema posjedniku, prethodno ovome mora oduzeti posjed, a to ne može učiniti drugačije nego *vi, clam* ili *precario*, dakle na neistinit način (*possessio vitiosa*). U takvoj situaciji viciozni posjednik ni u drugim pravnim poretcima ne bi imao pravo na zaštitu svog posjeda protiv onoga kome ga je oduzeo.<sup>51</sup> Kako se vidi, francusko pravo je jednom jednostavnom izmjenom uvjeta za pružanje posjedovne zaštite u stvari napustilo subjektivnu koncepciju posjeda i približilo se objektivnoj koncepciji, koja je predmet idućeg dijela ovog rada.

## 4.2. Objektivna koncepcija posjeda

Druga koncepcija posjeda koja je usvojena u dijelu pozitivno- pravnih porredaka jest objektivna koncepcija. Ona se naziva i njemačka (jer je stvorena u njemačkoj doktrini i prvi put primijenjena u njemačkom BGB-u, odn. moderna koncepcija. Potonji joj naziv možda i najbolje odgovara, jer su mnogi pravni sustavi, od njezinog nastanka, napustili dotadašnju subjektivnu koncepciju i

<sup>50</sup> Tako je i u hrvatskom pravu *cf.* čl. 159. ZV-a. Ipak, treba obratiti pažnju da se po francuskom pravu za dosjedanje ne traži poštenje (čl. 2262. CC-a; tako i Cornu, *op. cit.*, str. 433.; Carbonnier, *op. cit.*, str. 183.), što pokazuje da je CC napisan pod utjecajem rimskog prava koje poznaje institut *longissimi temporis praescriptio*, koji za razliku od uzukapije ne zahtijeva postojanje poštenja kod stjecatelja. To stoga jer navedeni institut u stvari nije davao vlasništvo stjecatelju, već mu je samo davao prigovor zastare protiv vlasničkog zahtjeva (Romeo, *op. cit.*, str. 170.). Čini se vrlo vjerojatnim da upravo zbog onemogućavanja dosjedanja od strane detentora, francusko pravo i nije nazvalo njegovu pravnu poziciju njenim pravim imenom - posjed.

<sup>51</sup> U hrvatskom pravu štiti se svaki posjed, osim onog koji nije miran. A posjed u opisanom slučaju i nije miran dok ne isteknu rokovi za ostvarivanje posjedovne zaštite (*cf.* čl. 20. ZV-a).

odlučili se za nju.<sup>52</sup> Objektivnu koncepciju posjeda usvaja i hrvatsko pravo (još od 1980. g. i donošenja ZOVO-a)<sup>53</sup>, te su odredbe o posjedu u ZV-u zasnovane na njoj. Stoga je očito da je potrebno bolje sagledati i ovu koncepciju te shvatiti njeno pravo značenje i dosege.

No, da bi to bilo moguće uraditi, potrebno je pobliže izučiti njene korijene. Pod tim ne mislimo samo na subjektivnu koncepciju, njenu prethodnicu i (po mišljenju mnogih) suprotnost, niti na prava njemačkih država prije uvođenja BGB-a, već prije svega na jedan stari pravni institut koji je nestao iz pozitivnih propisa, ali je nastavio živjeti u mnogim kvalitetama objektivno koncipiranog posjeda na koji je izvršio presudan utjecaj. Riječ je o starom germanskom institutu *gewere*. Bez upoznavanja s tim institutom, nije moguće u potpunosti shvatiti podrijetlo i značenje pojedinih osobina objektivno koncipiranog posjeda, a time ni prirodu samoga posjeda.

#### 4.2.1. *Gewere*

U našoj se pravnoj literaturi *gewere* često definira kao stari germanski pojam posjeda. To nije točno.<sup>54</sup> *Gewere* je, po riječima najvećeg autoriteta za staro germansko pravo, vanjski vidljiv odnos osobe prema stvari koji pravo priznaje kao pojavni oblik prava na stvari.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Većina novijih zakona usvaja objektivnu koncepciju posjeda. Tako su to učinili BGB (donesen 1896., stupio na snagu 1.1.1900.), švicarski ZGB (donesen 1907., stupio na snagu 1912.), Stvarnopravni zakonik Slovenije (donesen 2002.) a kod nas ZOVO (donesen 1980.) i ZV (donesen 1997.).

<sup>53</sup> Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima (Narodne novine br. 53/1991.)

<sup>54</sup> Općenito je pogrešno primjenjivati rimski pojam posjeda (*possessio*) na *gewere*. Umjesto toga treba opisno objasniti što je to *gewere* i koje su njene karakteristike, pazeći da se pri tome (svjesno ili nesvjesno) ne pravi analogija s posjedom. Neki autori čak tvrde da je *gewere* pravno neopisiv pojam (Gierke, *op. cit.*, str. 194. bilj. 30.); Sandhaas (Sandhaas, Georg: *Germanistische Abhandlungen*, Gießen, 1852., str. 150.) tvrdi (koristeći se terminologijom rimskog prava) da je "*gewere* posjed i kroz to stvarno pravo".

<sup>55</sup> Gierke, *op. cit.*, str. 187. "*Ein äußeres Verhältnis der Person zur Sache das von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herrschaftsrechtes an der Sache anerkannt ist*". Binding (Binding, Karl: *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, sv. II, Leipzig, 1886., str. 20.) definira *gewere* kao "faktično ostvarenje stvarnih prava"

*Gewere*, dakle, nije posjed; ona je vanjska slika (stvarnog) prava. Pojam *gewere* (ili kako se prevodi na latinski *vestitura* ili *investitura*),<sup>56</sup> vuče podrijetlo od radnje kojom se prenosi vlast na stvari, a koja je bila slikovito zamišljena kao oblačenje osobe tom stvari. Postupno je tim pojmom počelo biti označavano i stanje “obučenosti”, odn. stanje koje je nastajalo kao posljedica prijenosa vlasti na stvari, te je pojam *gewere* počeo označavati vlast na stvari.<sup>57</sup> Na taj je način *gewere* počela označavati pravni odnos koji postoji tamo gdje se priznaje i štiti vanjski vidljiv odnos vlasti glede stvari.

*Gewere* je bila poznata i u starom francuskom pravu, pod nazivom *saisine*,<sup>58</sup> i u engleskom pravu, pod nazivom *seisin*.<sup>59</sup>

*Gewere* je ostvarivala prije svega publicitetnu funkciju stvarnih prava (za koju Gierke tvrdi da je jedna od osnovnih ideja germanske stvarnopravne misli).<sup>60</sup> Ona je to činila na dva načina: idejom da svako stvarno pravo da bi stupilo na snagu, mora biti javno objavljeno (što i jest zadatak posebne ceremonije - investiture), te idejom da svaki vanjski vidljivi pričin prava proizvodi učinke (odn. stvara presumpciju) kao da to pravo uistinu postoji, sve dok se ne dokaže suprotno. *Gewere* je uvijek zadržala značenje slike (privida) prava, te nikada nije stekla materijalno-pravno značenje. Uvijek je pored *gewere* postojalo i materijalno pravo, samo što se ono, ako je bilo u suprotnosti s vidljivom slikom prava (dakle, s *gewere*), moralo posebno dokazati, dok je onaj u čiju je korist *gewere* djelovala mogao u pravnim odnosima nastupati kao ovlaštenik odn. prava, a sve su se treće osobe mogle pouzdati u tu vidljivu sliku. Na taj je način *gewere* obavljala funkcije<sup>61</sup> koje u današnjem pravu obavlja samostalni

<sup>56</sup> Po izrazu *investitura* i pravnim karakteristikama *gewere* (o tome vidi dalje u tekstu), moglo bi se zaključiti da je prije riječ o institutu feudalnog prava, nego staroga germanskoga (plemenskog) prava.

<sup>57</sup> *Vestitura* u izvorima označava posjed od početka 9. st. (Gierke, *op. cit.*, str. 188. bilj. 5.) Mora se napomenuti da *gewere* cijelo vrijeme uporabe tog termina označava i objekt vlasti, a pogotovo često se taj termin upotrebljava u značenju “*Haus und Hof*”, i kućna zadruga (*Hausgemeinschaft* - što je dalo povoda uzrečici “*Was in der Were stirbt, erbt wieder an die Were*”).

<sup>58</sup> *Saisine* se definira kao stvarni odnos neke osobe prema nekoj stvari, koji omogućuje toj osobi vladati tom stvari u svojstvu nečijeg vazala (*cum animo vasalli*). *Saisine* je bila nasljediva (*saisine hereditaire*), isto kao i *gewere* (Cosack, Konrad: *Der Besitz des Erben*, Weimar, 1877., str. 63.)

<sup>59</sup> O institutu *seisin* u engleskom pravu v. opširnije Kurtović, Šefko: *Opća historija države i prava*, II. izd., I. sv., Zagreb, 1990., str. 227.

<sup>60</sup> Gierke, *op. cit.*, str. 188.

<sup>61</sup> Opširnije Gierke, *op. cit.*, str. 190.



posjed pokretne stvari,<sup>62</sup> dok u pogledu nekretnina te funkcije obavlja načelo povjerenja u zemljišne knjige.<sup>63</sup>

*Gewere*, isto kao i posjeda, ima više različitih vrsta. Mnoge od njih su vrlo zanimljive, jer nemaju uzora u rimskom pravu (pa tako niti nasljednika u modernim pravnim sustavima koji se baziraju na rimskom pravu), ali će modernom čitaocu upoznatom s objektivnom koncepcijom posjeda izgledati vrlo poznate.

Tjelesna (faktična, *leibliche, hebbende*) *gewere*<sup>64</sup> podrazumijeva držanje ili uporabu stvari uz postojanje faktične vlasti. Izgleda da se faktična *gewere* razlikovala ovisno od toga jesu li joj objekti bili pokretnine ili nekretnine. Kod pokretnina se zahtijevalo faktično držanje stvari, dok je kod nekretnina situacija bila ponešto drugačija. Tu je, naime, faktičnu *gewere* imao onaj tko je gospodarski iskorištavao tu nekretninu (naravno uz uvjet da je to mogao osigurati faktičnom vlasti), kao npr. ubirao plodove, desetinu itd. U skladu s time bilo je moguće imati *gewere* na nekretnini i bez njenoga fizičkog držanja, kao u slučaju kada je feudalni gospodar ubirao desetinu sa zemljišta, dok je to zemljište obrađivao (znači i posjedovao, držao) kmet. U skladu s navedenim, bilo je moguće da na istom zemljištu istovremeno postoji više *gewere* različitog stupnja, ali je neposredna *gewere* mogla pripadati samo jednom subjektu.<sup>65</sup> Kako se vidi, ovakva konstrukcija pokazuje zapanjujuću sličnost sa stupnjevanim posjedom koji poznaje objektivna koncepcija posjeda (dok u rimskom pravu i na njemu nastalim pravnim sustavima ovakvo stanje nije moguće).

Idealna *gewere* (pravna),<sup>66</sup> jest *gewere* koja nije nužno vezana uz faktičnu vlast na stvari. S vremenom se u pogledu nekretnina, opisanim načinom, razvila ideja

---

<sup>62</sup> čl. 11. st. 3. ZV-a “Svatko može u pravnom prometu valjano postupati pouzdavajući se u to da je samostalni posjednik pokretne stvari njezin vlasnik, osim ako zna ili je morao znati da nije tako.”

<sup>63</sup> čl. 123. st. 1. ZV-a “Stjecatelj upisom stječe nekretninu kao od njezina vlasnika, ako je, postupajući s povjerenjem u zemljišnu knjigu, u dobroj vjeri stekne od osobe koja je bila upisana kao vlasnik te nekretnine premda to nije bila, i ako mu upis ne bude izbrisan zbog nevaljanosti.”; čl. 8. st. 5. Zakona o zemljišnim knjigama (Narodne novine br. 91/1996., 68/1998., 137/1999.-USRH, 114/2001., 100/2004., 107/2007.): “Osoba koja je u dobroj vjeri upisala knjižno pravo postupajući s povjerenjem u istinitost zemljišne knjige uživa zaštitu svoga povjerenja utoliko što joj nitko neće moći osporavati valjanost njezina stjecanja zbog nevaljanosti prednikova upisa nakon što proteknu rokovi u kojima bi se po ovom Zakonu mogla podnijeti tužba radi brisanja uknjižbe njezina prednika.”

<sup>64</sup> Opširnije v. Gierke, *op. cit.*, str. 190.

<sup>65</sup> Gierke, *op. cit.*, str. 192.

<sup>66</sup> Gierke, *op. cit.*, str. 193.

da nije nužno imati faktičnu vlast na stvari, već da dostaje i neka idealna vlast (u stvari, čini se da je riječ o subjektivnom pravu).<sup>67</sup> Tako je *gewere* postala prenosiva pravnim poslovima među živima. Isto tako, protupravnim oduzimanjem faktične vlasti na nekretnini ne bi prestajala dotadašnja *gewere*, već bi njen ovlaštenik mogao sudskim putem zahtijevati ponovnu uspostavu svoje faktične vlasti. U stvari, idealna *gewere* uvijek omogućava svom nositelju uspostavu odgovarajuće faktične vlasti na stvari. Kako se vidi, idealna *gewere* u biti više odgovara današnjem pojmu subjektivnog prava nego posjeda. Posebno je zanimljivo da je idealnu *gewere* stjecao nasljednik njenoga (prvotnoga) umrlog ovlaštenika.<sup>68</sup>

Zakonita *gewere*<sup>69</sup> je ona koja je neosporena vidljivo postojala dulje vremena. Protekom vremena, kroz koje je vidljivo a neosporeno postojala, *gewere* jača. U starije vrijeme se i za nekretnine i za pokretnine tražilo trodnevno držanje (*sessio triduana*), da bi se novostečena *gewere* učvrstila. U kasnijem periodu se kod nekretnina zahtijevalo da *gewere* traje jednu godinu i jedan dan bez sudskog osporavanja, da bi postala zakonita.<sup>70</sup> Zakonita *gewere* je donosila vrlo važnu prednost svom ovlašteniku u postupku pred sudom: on, naime, nije morao dokazivati pravni temelj stjecanja svoje *gewere*, već je dostajalo da ustvrdi da ga posjeduje (ponegdje popraćeno zakletvom).

Vlastita *gewere* je bila vidljivi izraz prava vlasništva. Ograničena *gewere* je bila vidljivi izraz nekoga drugoga stvarnog prava.

*Gewere* je mogla postojati i na pravima.<sup>71</sup> Općenito, iako je svaka ograničena *gewere* na stvari značila postojanje i *gewere* na pravu, a *gewere* na nekom stvarnom pravu je značila i ograničenu *gewere* na stvari, germansko je pravo polazilo od toga da li neko pravo ovlašćuje svog nositelja na držanje stvari: ako je odgovor potvrđan, uzimalo se kao da postoji samo ograničena *gewere* na stvari, a ako nije, uzimalo se da postoji samo *gewere* na pravu.

Općenito govoreći, postojalo je toliko vrsta *gewere* koliko je bilo stvarnih prava i pojavnih oblika u kojima se ona izražavaju; tako je postojala i pojedinačna/zajednička *gewere*, mirujuća *gewere* (*ruhende*, koja nije dozvoljavala nikakvo

<sup>67</sup> Tako i Sandhaas (*op. cit.*, str. 152.) smatra da je pravna *gewere* u stvari stvarno pravo.

<sup>68</sup> Gierke, *op. cit.*, str. 194. Sličnost ovog instituta s institutom nasljedničkog posjeda koji poznaje objektivna koncepcija je frapantna (dakako, i ovaj je institut potpuno nepoznat rimskom pravu i subjektivnoj koncepciji posjeda). Nasljednik je stjecao ostaviteljeve *gewere ipso iure*, neposredno po smrti ostavitelja, te mu je korištenje nekretnine pripadalo od dana ostaviteljeve smrti. Statutarna prava Francuske i Italije obiluju odredbama po kojima *gewere ipso iure* prelazi na nasljednika (Binding, *op. cit.*, str. 39.)

<sup>69</sup> Koristimo ovaj izraz kao prijevod izraza "*rechte gewere*", v. opširnije Gierke, *op. cit.*, str. 196.

<sup>70</sup> Tako i Binding, *op. cit.*, str. 37.

<sup>71</sup> Gierke, *op. cit.*, str. 202.

korištenje stvari u tom trenutku, zbog postojanja nekoga drugog prava koje je to sprječavalo), čekajuća *gewere* (*anwartschaftliche*, koja je odgovarala stvarnom pravu čekanja - *Anwartschaftsrecht*) itd.

Valjana *gewere* mogla se ukinuti jedino sudskom odlukom. Do tada, ona je stvarala presumpciju o postojanju u njoj presumiranog prava, u što su se svi sudionici u pravnom prometu mogli pouzdati, a njen ovlaštenik ju je mogao od protupravnih napada braniti i samopomoći. I pred sudom *gewere* je davala bolji položaj njenom nositelju, jer se ovaj u parnici pojavljivao kao tuženik te uživao i sve procesne prednosti tog položaja. Potrebno je naglasiti da staro germansko pravo nije poznavalo posesorne tužbe,<sup>72</sup> odnosno nije razlikovalo posesornu i petitornu pravnu zaštitu, pa se pitanje postojanja i valjanosti *gewere* rješavalo kao prethodno pitanje u parnici u kojoj se odlučuje o pravu na stvar. Ipak, dokazivanje *gewere* je imalo nekih svojih posebnosti, od kojih je najznačajnija ta da se smatralo da utvrđena ranija *gewere* valjano postoji, sve dok se ne utvrdi da ju je zakonito ukinula kasnija *gewere*.

Kako je iz izloženoga vidljivo, *gewere* je više pripadala svijetu pravnog nego faktičnog. To je i razumljivo, jer ona i nije bila ništa drugo nego vanjska slika prava, čak i ako je ponekad uključivala i faktično držanje stvari (koje može izvana izgledati kao posjed, ali u stvari je, rječnikom rimskog prava, samo ostvarenje prava na posjed sadržanog u nekom drugom pravu). Zbog toga se ona u praksi i ponašala kao pravo (koje se u njoj presumiralo), te se mogla prodati, prenijeti, naslijediti, više osoba je moglo istovremeno imati više *gewere* na istoj stvari itd. Ova (pravna) priroda *gewere* je vrlo značajna (i to se ne može u dovoljnoj mjeri naglasiti), jer je u velikoj mjeri utjecala na oblikovanje objektivno koncipiranog posjeda.

#### 4.2.2. Sadržaj objektivne koncepcije posjeda

Osnovna razlika između subjektivne i objektivne koncepcije posjeda jest ta što potonja za postojanje posjeda ne zahtijeva postojanje volje da se posjeduje kao vlasnik. Kako se u literaturi navodi, objektivna koncepcija zahtijeva postojanje samo faktične vlasti na stvari (*corpus*).<sup>73</sup> U stvari, točnije bi bilo reći da se kod objektivne koncepcije ne zahtijeva *animus domini* (volja posjedovati kao vlasnik).

<sup>72</sup> O tome detaljnije v. Gierke, *op. cit.*, str. 208.; Binding, *op. cit.*, str. 44.

<sup>73</sup> Ovo nije sasvim točno. I u objektivnoj se koncepciji zahtijeva postojanje određene posjedovne volje, tzv. prirodne volje (v. opširnije Gavella, Nikola: *O posjednikovoj volji, s obzirom na uređenje posjedovanja zasnovano na objektivnoj koncepciji posjeda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 4/1983.).

Naime, objektivna koncepcija počiva na drugačijim postavkama od subjektivne. Kako je ranije navedeno, subjektivna koncepcija polazi od pretpostavke da je posjed samo vanjska slika prava vlasništva, faktično izvršavanje sadržaja prava vlasništva, te da stoga posjednik mora željeti isključivu faktičnu vlast na stvari koju posjeduje, baš kao što je i vlasništvo u tom smislu isključivo (ne može, naime, više osoba na stvari imati vlasništvo u cijelosti; više osoba mogu imati vlasništvo na istoj stvari samo kao suvlasnici odn. zajednički vlasnici, što ima ekvivalent u institutu suposjeda). Jasno je da faktična vlast (koja je nešto vanjski vidljivo) susreće brojne probleme kada imitira nešto nevidljivo, nešto što se može spoznati samo duhom, kao što je to subjektivno pravo (pravo vlasništva). Objektivna koncepcija suprotno tome polazi od realne slike odnosa u društvu, od onoga što je vidljivo.<sup>74</sup> Ona uzima za posjed sve one odnose ljudi glede stvari koji vanjski naliče na posjed, a to su svi oni odnosi kod kojih neki subjekt ima vlast glede nekog objekta. Budući da se za postojanje posjeda zahtijeva faktična vlast (što, uzgred, ne govori ništa o njegovoj prirodi - činjenica ili pravo), jasno je da ta vlast može biti (u pravilu) vanjski vidljiva. Volja, naprotiv, (kao psihološki, unutarjni) element nije vanjski vidljiva činjenica, te stoga ne bi trebala biti uzimana kao konstitutivni element posjeda. Kako se vidi, umjesto da raznim presumpcijama o postojanju volje (kako to čini subjektivna koncepcija) pokuša na umjetan način riješiti problem kvalifikacije odnosa u društvu koji izgledaju kao posjed, objektivna koncepcija jednostavno izostavlja volju (u obliku kako se ona traži kod subjektivne koncepcije) i proglašava posjedom samu činjenicu faktične vlasti na stvari. Ovo je moguće učiniti, jer posjed (unatoč primamljivosti, a možda i prihvaćenosti, takvog mišljenja) nije nešto što postoji izvan i nezavisno od pravnog poretka. Što je posjed, određuje pravni poredak. Upravo zbog toga i jest bilo moguće da pravni poredak odluči da kao posjed priznaje i situacije u kojima je vidljiva samo faktična vlast na stvari, a da ta vlast ne mora biti vanjski vidljiv izraz prava vlasništva.

Objektivna koncepcija posjeda zbilja jest moderna, u smislu da predstavlja ogroman odmak od dotadašnje tradicionalne koncepcije posjeda, te cijelo pravo posjeda potpuno preokreće i stavlja na potpuno nove osnove. Ovo se i može očekivati od koncepcije koja se čak i u svojem osnovnom načelu razlikuje od subjektivne koncepcije, te je ta razlika dosljedno preslikana i u svakom području prava posjeda.

---

<sup>74</sup> Kako navodi Gavella (*Posjed*, str. 9.), objektivna koncepcija posjeda ima svoje uporište u pozitivističkoj filozofiji Augusta Comtea, za razliku od subjektivne koncepcije koja se oslanjala na idealističku filozofiju, osobito Immanuela Kanta.

Najvažnija praktična posljedica usvajanja objektivne koncepcije posjeda jest pretvaranje velikog broja subjekata koji su po subjektivnoj koncepciji imali samo detenciju u posjednike. Pretvaranjem detentora u posjednike, omogućava se i tim subjektima korištenje posjedovne zaštite u slučaju smetanja ili oduzimanja njihovog posjeda, pa se kao nepotrebno ukazuje zadržavanje instituta posjeda prava. Upravo zbog toga, u pravnim poretcima koji usvajaju objektivnu koncepciju posjeda, posjed prava ne igra veliku ulogu.<sup>75</sup>

Od ostalih novina<sup>76</sup> koje je na području prava posjeda uvela objektivna koncepcija, potrebno je kao najvažnije izdvojiti mogućnost postojanja više istovremenih posjeda različitog stupnja na istoj stvari (tzv. stupnjeviti posjed), institut nasljeđivanja posjeda, te institut pomoćnika u posjedovanju.

---

<sup>75</sup> Dapače, u BGB-u, koji je prvi zakonski tekst koji usvaja objektivnu koncepciju posjeda, posjed prava se potpuno negira.

<sup>76</sup> Na ovome mjestu nije zgorega postaviti pitanje od kuda su došli svi ovi (na prvi pogled) potpuno novi pravni instituti, koje, do njihovog usvajanja u BGB-u, najpoznatiji zakoni (koji su svi usvajali subjektivnu koncepciju posjeda) nisu poznavali. Jesu li ih tijekom 19. st. domislili pravni teoretičari s njemačkih pravnih fakulteta (te su znači plod teoretskih rasprava i razmišljanja), ili su ipak već i ranije nastali u praksi, te su potom, teorijski doručeni i usavršeni, usvojeni u novi građanski zakonik, gdje su (prema mišljenju mnogih današnjih autora) izazvali revolucionarne, do tada nikada prije videne promjene u materiji prava posjeda. Iako bi odgovor na ovo pitanje zahtijevao ogromno poznavanje pravne povijesti (osobito njemačkoga pravnog područja), čini se da je odgovor (kao i inače u pravu), da nema revolucija već samo evolucije, odnosno drugim riječima, da su mnogi od tih “novih” instituta koje je uveo BGB već odavno postojali i razvijali se u partikularnim pravima njemačkih država, te su samo u modificiranom i poboljšanom obliku usvojeni u novi građanski zakonik. U ovom radu već je pisano o važnosti *gewere* pri oblikovanju objektivne koncepcije posjeda, o mogućnosti istovremenog postojanja više *gewere* na istoj stvari (*cf.* stupnjevani posjed), o mogućnosti nasljeđivanja *gewere* (*cf.* nasljednički posjed) itd. Pa ipak, ne tvrdimo da je *gewere* izravno utjecala na redaktore BGB-a, iako ni tu mogućnost ne treba zanemariti. Čini se, naime, da su (možda i pod utjecajem *gewere* iz starijeg doba) mnogi “novi” instituti iz BGB-a postojali već od prije u partikularnim pravima njemačkih država. Tako se nakon izvršenog letimičnog uvida u prusko pravo (*Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* /ALR/ iz 1794. g.), vidi da je ono priznavalo mogućnost postojanja više istovremenih posjeda različite vrste na istoj stvari (Evelt, Joseph: *Das Preußische Civilrecht*, Paderborn, 1860., str. 97 i sl.; Gierke, *op. cit.*, str. 218.), a praksa pruskih sudova počela je, iako u suprotnosti s ALR-om, još u prvoj polovici 19. st. priznavati mogućnost nasljeđivanja posjeda u pojedinim slučajevima (Koch, C. F.: *Das Preußische Erbrecht*, Berlin, 1866., str. 79. i sl., gdje se kritizira takva praksa). Kako se iz ovog prikaza vidi, redaktori BGB-a su imali na raspolaganju mnogo izvora iz kojih su mogli crpiti (“nova”) rješenja za taj zakonik.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA O PRIRODI POSJEDA

Nakon upoznavanja s konstrukcijom posjeda kod subjektivne i objektivne koncepcije, čini se da se može reći nešto više o prirodi posjeda (naravno, prvenstveno je zanimljiva priroda objektivno koncipiranog posjeda, kakav je uostalom usvojen i u pozitivnom pravu RH).

Na temelju izloženoga, kao najlogičniji nameće se stav da posjed pripada svijetu pravnog a ne činjeničnog.

Ovakav stav bi mogao izazvati mnoge prigovore i suprotna mišljenja pa je potrebno da ga pobliže obrazložimo.

Početna misao vodilja pri zaključivanju o prirodi posjeda, a koja se nameće sama od sebe kao bjelodana, jest ta da nije svaka faktična vlast posjed, niti svaki posjed podrazumijeva postojanje faktične vlasti glede stvari (npr. idealni posjed). Posjed je, u stvari, samo onaj društveni odnos koji pravni poredak priznaje kao takav. Koji će konkretni društveni odnosi biti okarakterizirani kao posjed, a koji ne, to određuje objektivni pravni poredak svojim normama. Kako inače objasniti postojanje nasljedničkog posjeda (kod kojeg ne postoji nikakva faktična vlast, znači nikakav zahvat u realni svijet, a čak ne postoji ni svijest posjednika da posjeduje), ako ne pravnom prirodom posjeda.<sup>77</sup>

Ne postoji "univerzalni" pojam posjeda, koji bi vrijedio uvijek i svugdje, nezavisno od pravnog poretka (iako se čini da mnogi autori smatraju upravo tako). Postoji samo činjenica faktične vlasti glede stvari, koja, to jest istina, postoji nezavisno od pravnog poretka. Ali faktična vlast je još daleko od posjeda.<sup>78</sup> Posjed

---

<sup>77</sup> Neki autori, u želji da dokažu činjeničnu prirodu posjeda, posežu za najkomotnijim rješenjem i jednostavno ignoriraju sve ono što dovodi u pitanje činjeničnu prirodu posjeda. Tako se stupnjevani posjed i nasljednički posjed proglašavaju anomalijama koje u stvari i nisu posjed, te se onda obrazlaže zbog čega ono što je preostalo ukazuje na činjeničnu prirodu posjeda (Münchener Kommentar, str. 13.). Naprotiv, osnovna misao vodilja našeg rezoniranja, jest ta da je posjed sve ono što pravo priznaje kao takvo. Odgovor na pitanje o prirodi posjeda mora se dati na općoj razini, i on mora obuhvatiti sve situacije koje pravni poredak kvalificira kao posjed, bez izbacivanja ijednog takvog odnosa iz razmatranja.

<sup>78</sup> Treba strogo razlikovati faktičnu vlast glede stvari s jedne strane, i posjed, s druge strane. Faktična vlast postoji nezavisno od prava, pravo ju ne može ni stvoriti ni uništiti, kao uostalom niti jednu drugu činjenicu. Posjed, naprotiv, stvara pravo. Iako je u osnovi posjeda (većinom, ali ne uvijek) faktična vlast, posjed je ipak kreacija prava. Ovo se može dokazati i činjenicom da neki pravni poretki uopće ne poznaju institut posjeda. Npr. bivše sovjetsko pravo, kako se čini, ne poznaje institut posjeda (jer mu uskraćuje obje os-

je pravno relevantna faktična vlast na stvari.<sup>79</sup> Da bi se faktična vlast mogla smatrati posjedom, potrebno je da pravni poredak uz nju vezuje bar jednu od dvije važne pravne posljedice: posjedovnu zaštitu i mogućnost dosjedanja.<sup>80</sup> Faktična vlast uz koju pravo ne vezuje (bar) jednu od ove dvije posljedice nije posjed, već je jednostavno faktična vlast glede stvari. To znači da pravo određuje koju faktičnu vlast i pod kojim uvjetima priznaje za posjed, pa čak (kako je rečeno) i koje odnose, koji uopće ne uključuju element faktične vlasti, zbog nekih razloga kvalificira kao posjed. Posjed ne postoji izvan i nezavisno od prava. Pravo stvara posjed. Ne stvara ga zahvatima u stvarni svijet (svijet faktičnoga - što pravo i ne može), već tako da (ne) priznaje kao posjed određene zahvate koji su se dogodili u stvarnom svijetu (nezavisno od prava). Argument da je u osnovi posjeda faktična vlast, koja postoji nezavisno od prava (pa da je zato i sam posjed činjenica), nije uvjerljiv. Jer, ne postoji li u osnovi svih konkretnih pravnih odnosa neki činjenični supstrat?<sup>81</sup> Nije li evidentno da subjektivna prava ne mogu postojati bez interakcije činjenica i objektivne pravne norme? Zbog čega bi posjed bio drugačiji slučaj?

Radi boljeg objašnjenja ovog stava, pogledajmo primjer (izvanugovornog) odnosa odgovornosti za štetu. Da je u tom slučaju riječ o pravnom odnosu, a

---

novne pravne prednosti: posjedovnu zaštitu i dosjelost; o posjedu u sovjetskom pravu v. opširnije u Gavella, *Posjed*, str. 5. bilj. 19.). Čini se da je sovjetsko pravo poznavalo samo činjenicu faktične vlasti, te je uz postojanje faktične vlasti kupca vezivalo presumpciju prelaska prava vlasništva kod kupoprodaje (iako su se stranke mogle i drugačije dogovoriti). Vjerojatno pod utjecajem sovjetskog prava, prava nekih drugih socijalističkih država nisu posvećivala mnogo pažnje posjedu, ali čini se da su ipak poznavala taj institut. Tako npr. Građanski zakonik DDR-a iz 1975. g. na nekoliko mjesta spominje posjed, te mu čak priznaje i obje glavne pravne prednosti: u § 32. st. 2. priznaje se dosjelost na pokretinama (pretpostavke: da nije socijalističko vlasništvo, samostalni posjed, poštenje, rok 10 god.), dok se u § 33. st. 3. priznaje i pravo na posjedovnu zaštitu.

<sup>79</sup> Gavella et al., *op. cit.*, str. 103.

<sup>80</sup> Isto smatra i Savigny, *op. cit.*, (VII. izd.), str. 43. Kao posljedica takve definicije posjeda nameće se i ranije izneseni stav da sovjetsko pravo nije poznavalo institut posjeda.

<sup>81</sup> U tom pogledu značajne su riječi (Vedriš-Klarić, *op. cit.*, str. 24.) "Građanskopravni odnos javlja se u prvom redu kao materijalni, faktični društveni odnos... materijalni društveni odnos postaje građanskopravnim odnosom istom onda kada ga građansko pravo prizna i uredi...društveni odnosi daju građanskom pravu sadržaj, a građansko pravo daje tim odnosima pravnu karakteristiku...građansko pravo pretvara određene društvene odnose u građanskopravne odnose, s jedne strane zbog činjenica na kojima se ti odnosi zasnivaju, a s druge strane zbog sadržaja kojim su ti odnosi ispunjeni."

ne činjeničnom, o tome nema dvojbe niti proturječnih mišljenja. I u osnovi pravnog odnosa nalazi se realni događaj koji se morao dogoditi u realnom svijetu: štetna radnja. Primjenom normi objektivnog prava na činjenično stanje nastaje pravni odnos odgovornosti za štetu. Iako je u njegovoj osnovi stvarna činjenica, nitko ne osporava da je odnos koji je nastao posredstvom (i) te činjenice (iako ne samo nje) pravni odnos. Zbog čega bi kod posjeda bilo drugačije? U osnovi pravnog odnosa koji zovemo posjed nalazi se također činjenica - stvarna vlast glede stvari<sup>82</sup>. Norme objektivnog prava dolaze u interakciju s tom činjenicom i nastaje ono što nazivamo posjed. U suprotnom, posjeda ne bi ni bilo: postojala bi samo faktučna vlast glede stvari, koja ne bi imala nikakvih pravnih učinaka.

Argument da posjed ne može biti pravo jer se kao posjed priznaje i vlast stečena protupravno (jedan od omiljenih argumenata pobornika teorije o posjedu kao činjenici), a iz neprava ne može nastati pravo, također ne stoji. Ponovimo: posjed je samo onaj društveni odnos koji pravni poredak priznaje za posjed. Točno je da se u većini pravnih sustava (pa tako i po ZV-u) i osobi koja je faktučnu vlast stekla protupravno priznaje posjed te stvari, ali tomu je tako samo zato što pravni poredak tako određuje, a ne zato što bi tako i moralo biti (jer bi, navodno, svaka faktučna vlast bila posjed). Pravni poredak može u svakom trenutku odlučiti da uopće ne priznaje nijednu protupravno stečenu faktučnu vlast za posjed, tj. može zahtijevati da faktučna vlast, da bi bila priznata kao posjed, uvijek mora biti usklađena s pravnom vlasti. Time se argument da posjed mora biti činjenica, jer nastaje i protupravnom radnjom, pokazuje kao neosnovan. Zanimljivo je da je upravo takav bio stav pruskog ALR-a, koji nije priznavao faktučnu vlast stečenu *vi, clam* ili *precario* kao posjed<sup>83 84</sup> (drugim riječima nije poznavao institut neistinitog posjeda). Dakle, iz činjenice da kradljivac ima faktučnu vlast glede stvari, a pravo mu tu vlast ne priznaje kao posjed (kao što je to bio slučaj po pruskom ALR-u), vidi se da posjed nije samo činjenica koja postoji nezavisno od prava. Drugim riječima, iako većina pravnih pore-

<sup>82</sup> Faktučna vlast glede stvari bi dakle bila pravno relevantna činjenica i to pravna osnova (najbitnija činjenica koja daje i određuje karakter samog građanskopravnog odnosa - Vedriš-Klarić, *op. cit.*, str. 28.).

<sup>83</sup> A sukladno pruskom procesnom zakonu i posjedovna zaštita je bila uskraćena takvom "posjedniku". (Evelt, *op. cit.*, str. 99. )

<sup>84</sup> Zanimljivo je da je osvojen i Randa (inače vatreni pobornik teze o činjeničnom karakteru posjeda), ali u svojoj raspravi o dokazivanju činjenične prirode posjeda usputno odbacuje tu odliku pruskog prava kao "posebnost pruskog prava" (Randa, *op. cit.*, str. 98. bilj. 4.)



daka priznaje posjed i osobi koja je faktičnu vlast stekla protupravno, to samo pokazuje da je pravni poredak među činjenice koje su pretpostavke nastanka posjeda uvrstio (čak) i protupravnim radnjama stečenu faktičnu vlast.

Iz iznesenoga se čini da posjed, onako kako je uređen u modernim pravnim sustavima koji usvajaju objektivnu koncepciju posjeda, više pripada svijetu pravnog nego činjeničnog. U rimskom je (klasičnom) pravu posjed bio najbliži određenju kao činjenica. Od tada je pojam posjeda (što je počelo već u post-klasičnom periodu rimskog prava) malo pomalo "inficiran" pravnim sadržajima, te je imao dvojaku prirodu: faktičnu i pravnu.

Odlučnu ulogu u potpunom prevladavanju pravne nad činjeničnom prirodom posjeda imalo je usvajanje objektivne koncepcije, kod koje je došlo do interakcije<sup>85</sup> rimskog instituta posjeda (čiji je čisto činjenični karakter već bio značajno izmijenjen, ali je još uvijek bio dominantan), s institutom *gewere*, koji je bio (skoro u potpunosti) pravno obojen (*gewere* je, u stvari, bila presumpcija prava). Na taj je način došlo do potpune prevage pravne nad činjeničnom prirodom posjeda,<sup>86</sup> te smatramo da ne može biti nikakve dvojbe da moderan posjed pripada svijetu pravnog (pri čemu se ipak ne želimo izjašnjavati je li posjed subjektivno pravo<sup>87</sup> ili nešto drugo, kao npr. pravni položaj<sup>88</sup>).

---

<sup>85</sup> Gierke (*op. cit.*, str. 211.) tvrdi da su posjedovna zaštita i dosjelost naslijeđeni od rimskog prava, a publicitetna funkcija posjeda pri prijenosu prava vlasništva da je naslijeđena od *gewere*.

<sup>86</sup> Gierke (*op. cit.*, str. 213.) kaže da se posjed može pojmiti samo kao pravni odnos utemeljen u stvarnom pravu, te da posjed nema samo pojedinačne pravne posljedice, već je on sam pravno kvalificirana vlast na stvari koja priskrbljuje samostalni pravni položaj glede stvari.

<sup>87</sup> Odgovor na to pitanje ovisio bi i o definiciji pojma subjektivnog prava, što je također diskutabilan pojam o kojem postoje brojne teorije.

<sup>88</sup> *v. supra* bilj. 29.

---

## Summary

**Petar Radošević\***

### LEGAL CHARACTER OF OWNERSHIP

*The author explores the legal character of ownership by analysing a number of past and positive legal systems. Among all historical legal systems, the concept of ownership as a fact, i.e. a non-legal (or, extra-legal) entity was applied most consistently in Roman law. It seems that the trend of gradual inclusion of ownership into the sphere of law has evolved since the late Antiquity.*

*Analysing definitions of ownership contained in laws adopting the objective concept, the author concludes that the legal character of ownership prevails. This seems to stem from the interaction between Roman institute of ownership and gewere, an old institute found in Germanic laws, which was the external image of law and indisputably had legal character. Framers of the civil code of Germany (the first to adopt the objective concept of ownership) were aware of the existence and importance of the gewere institute, which they rehabilitated and included in the objectively conceived ownership. Ownership thus acquired some features that can only be explained by its legal character (hereditability, trusts). Results of research show that the factual or legal aspect of the character of ownership prevails depending on the legal norms of a particular legal system, and that the objectively conceived ownership belongs to the legal sphere.*

*Key words: ownership, objective concept of ownership, subjective concept of ownership, gewere*

---

\* Petar Radošević, LL. M., Pokornoga 6, Zagreb

## Zusammenfassung

Petar Radošević\*\*

## DIE RECHTLICHE NATUR DES BESITZES

*Der Autor beleuchtet die rechtliche Natur des Besitzes und analysiert zu diesem Zweck eine größere Anzahl früherer und positiver Rechtsordnungen. Der Einblick ins römische Recht bietet die Erkenntnis, dass darin die Idee vom Besitz als einer Tatsache, also einer nichtrechtlichen (im Grunde einer außerrechtlichen) Entität, unter allen Rechtsordnungen in der Geschichte mit der größten Konsequenz umgesetzt war. Ebenfalls scheint der Trend, den Besitz in die Welt des Rechts aufnehmen zu wollen, noch aus der Zeit der Spätantike zu stammen.*

*Die Analyse der Bestimmungen zum Besitz aus denjenigen Gesetzen, die sich die objektive Konzeption zu Eigen machen, bringt den Autor zum Schluss, dass darin die rechtliche Natur des Besitzes überwiegt. Der Grund dafür scheint in der Interaktion des römischen Besitzinstituts mit dem alten zu den germanischen Rechten gehörenden Institut der Gewere zu liegen, das ein Außenbild des Rechts war und demgemäß eine zweifellos rechtliche Natur besaß. Die Autoren des BGB (das als erstes die objektive Besitzkonzeption vertritt) waren sich der Existenz und Bedeutung der Gewere als Instituts bewusst, und sie rehabilitierten und bauten es in den objektiv konzipierten Besitz ein. Auf diese Weise bekam der Besitz Eigenschaften, die nur durch seine rechtliche Natur erklärbar sind (Vererbbarkeit, mittelbarer Besitz usw.). Die Resultate dieser Untersuchung zeigen demnach, dass je nach den Rechtsnormen der konkreten Rechtsordnung entweder die tatsächliche oder die rechtliche Seite des Besitzes überwiegt, dass aber auch der objektiv konzipierte Besitz der Welt des Rechts angehört.*

*Schlüsselwörter: Besitz, objektive Besitzkonzeption, subjektive Besitzkonzeption, Gewere*

---

\*\* Mag. Petar Radošević, Pokornoga 6, Zagreb

