

# NASTANAK I RAZVOJ PRAVA ZADRŽAVANJA U RAZLIČITIM EVROPSKIM DRŽAVAMA

---

Pregledni članak

DOI	COBISS.RS-ID	UDK
10.7251/APDN2201062P	136345601	347.447.6:347.466(4)

Doc. dr Aleksandra PAVIĆEVIĆ \*

---

\* Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: apavicevic@jura.kg.ac.rs



**Apsrakt:** Korišćenjem istorijskopavnog i aksiološkog metoda autor u radu razmatra i kritički ocjenjuje genuzu prava zadržavanja, kao specifičnog instituta građanskog prava, počev od nastanka u rimskom pravu, preko srednjovjekovne regulative u pojedinim evropskokontinentalnim zakonodavstvima, do konačne kodifikacije u građanskim zakonicima. Predmet razmatranja u radu su ključni segmenti ovog instituta u nekadašnjoj domaćoj regulativi, kao i u pojedinim evropskim regulativama, sa fokusom na nekadašnjem austrijskom i francuskom rješenju. Cilj rada je formulisanje odgovora na pitanja: koji su modeli regulativa prava zadržavanja postojali kroz vrijeme, kako su i zašto evoluirali; kakav je bio odnos različitih zakonodavaca prema ovom institutu; i otkrivanje ratia njegovog sve šireg priznavanja. Autor ocjenjuje da je geneza evropske retencije kroz vrijeme - put od njene izričite zabrane, preko kazuističkog priznavanja na nivou izuzetka, pa do formulisanja opšteg pravila o retenciji građanskog i trgovačkog prava, te da ona u savremenoj fizionomiji oličava ne samo sredstvo pritiska na neurednog dužnika, već i efikasno sredstvo namirenja, a u ulozi instrumenta zaštite povjerenja u pravni promet, pravičnosti (*equitas*) i ekvivalencije uzajamnih davanja u dužničko-povjerilačkim odnosima.

**Ključne riječi:** pravo realnog obezbjeđenja potraživanja; pravo zadržavanja; opšti i kazuistički način regulisanja; sredstvo pritiska i namirenja; građanska i trgovačka retencija.

## Uvod

Pravo zadržavanja predstavlja značajan i kontroverzan institut savremenog građanskog prava, koji uspješno ostvaruje funkciju atipičnog realnog obezbjeđenja potraživanja (uz založno pravo, kao najrodnije), a koji se realizuje osobenom tehnikom dozvoljene samozaštite. Povjerilac dospjelog neizmirenog potraživanja je neposredno zakonom ovlašćen da dužnikovu stvar koju već ima u posjedu, zadrži i odbije da je preda dužniku na njegov zahtjev, dakle protiv i mimo njegove volje, a u cilju vršenja pritiska na dužnika da dug izmiri. U pravu Republike Srpske, kao i u regulativama iz okruženja, nekadašnjim članicama bivše SFRJ sa kojima ona dijeli pravnu tradiciju, pravo zadržavanja je regulisano opštom normom u Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 286-289, u daljem tekstu ZOO), u varijanti tzv. kvalifikovane retencije, koja pod zakonom određenim uslovima ovlašćuje svog titulara i na prvenstveno namirenje iz vrijednosti zadržane stvari, a prema pravilima o namirenju založnog povjerioca. Zbog ovog svojstva je doktrina pretežno svrstava u prava obezbjeđenja stvarnopravnog karaktera, sa osobenim dejstvom *erga omnes* (Babić, 2011: 228-232).

Ovakva fizionomija prava zadržavanja posljedica je viševijekovne geneze, počev od arhaičnog instituta rimskog prava *ius retentionis* - preteče savremene

evropskokontinentalne retencije kroz različite novije forme koje je institut poprimao evoluirajući kroz doba srednjeg vijeka i kasnije (Pavićević, 2019: 764-783). Da bismo shvatili važnost i domašaj ovog instituta danas, važno je istorijskopравnom metodom otkriti njegove prvobitne, rudimentarne forme, a potom i razloge i načine transformisanja uslova nastanka, vrste, sadržinu, dejstvo i pravnu prirodu ovog instituta kroz vrijeme i to kako na ovdašnjim prostorima (kroz norme građanskih i trgovačkih zakonika nekadašnje Kraljevine Jugoslavije), tako i u različitim evropskim regulativama sa dugom tradicijom građanskih zakonika. Evolucija prava zadržavanja u pojedinim pravnim sistemima se odvijala u različitim smijerovima, što ćemo naročito prikazati na primjeru austrijskog i francuskog rješenja kroz vrijeme. Polazeći od načelno iste baze, načela pravičnosti (aequitas), brojne evropske regulative su kroz period srednjeg vijeka i kasnije, izgradile sopstvenu verziju ovog instrumenta za zaštitu povjerenja u pravni promet, ekvivalenciju uzajamnih davanja i bona fides. Stoga je predmet rada analiza različitih pravaca razvoja retencije evropskokontinentalnog prava i to kroz: uočavanje sličnosti i razlika, rasvjetljavanje motiva koji su pojedine zakonodavce opredijelili za konkretna rješenja, a u cilju autentičnog doktrinarnog razvrstavanja različitih pravnih sistema u grupe, s obzirom na pozitivan ili negativan odnos prema pravu zadržavanja kroz vrijeme i konačno, davanje kritičke ocjene sistemskog prikaza njene geneze.

### **Kritička ocjena doktrinarnih podjela modela regulisanja prava zadržavanja u evropskokontinentalnom pravu**

U literaturi čiji je predmet istorijat prava zadržavanja uglavnom se sporadično navode karakteristike retencije u pojedinim regulativama, dok gotovo da ne postoje ozbiljniji pokušaji sistemskog uporednopravnog prikaza geneze ovog instituta. S obzirom na odnos pojedinih zakonodavaca prema pravu zadržavanja u literaturi (Lorenc, 1966: 22), navode se dva modela regulisanja, a to su: normiranje retencije na opšti način i kazuističko normiranje pojedinih slučajeva, kada je pravo zadržavanja izuzetno zakonom dozvoljeno. Premisa ovakve podjele je, čini se, stav da su sve nekadašnje evropske regulative dozvoljavale retenciju na određeni način i u izvjesnom obimu. Međutim, činjenica je da postoje regulative koje su u prošlosti zauzele negativan stav prema ovom pravu obezbjeđenja, te su retenciju izričito zabranile. Doduše, navedeni autor pominje i takve slučajeve, ali ih, po našem mišljenju neadekvatno svrstava u model „načelne zabrane retencije, uz dopuštanje izuzetaka“. Stoga smatramo da je moguće izvesti veći broj modela regulisanja retencije kroz istoriju nego što to čine pojedini autori.

1. Podjela s obzirom na odnos zakonodavca prema priznavanju prava zadržavanja. Početna podjela koju predlažemo (Pavićević, 2016: 32-63) je izvršena prema kriterijumu pozitivnog ili negativnog odnosa pojedinih zakonodavaca prema ideji zadržavanja uopšte i to na regulative koje su retenciju: 1) zabranjivale i 2) dozvoljavale. U prvu grupu možemo svrstati samo jednu regulativu iz našeg uzorka, a to je nekadašnje austrijsko rješenje sadržano u opštem austrijskom građans-

kom zakoniku prije novela (čl. 471, u daljem tekstu OAGZ). Pritom, smatramo da retencija nije bila „načelno zabranjena“ u ovoj regulativi, kako se ponegdje u literaturi navodi, već izričito i u potpunosti. Za razliku od građanske retencije koju je AGZ zabranjivao, trgovačka retencija bila je dozvoljena i na opšti način regulisana austrijskim trgovačkim zakonikom (u daljem tekstu ATZ). Izuzeci, koji su kasnije eventualno priznavani za građansku retenciju su produkt djelovanja doktrine i sudske prakse, koje su nastojale da ovako striktno zakonsko rješenje ublaže i prilagode potrebama prakse. U drugu grupu spadaju sve ostale regulative iz uzorka, a to su nekadašnja: njemačka (građanska i trgovačka), austrijska trgovačka, švajcarska, francuska, italijanska i regulativa nekadašnje Kraljevine Jugoslavije (građanska i trgovačka).

Druga navedena grupa regulativa može se dalje podijeliti na podgrupe i to s obzirom na način regulisanja retencije, a to su: 1) regulisanje retencije u vidu opšte norme i 2) kazuistički način normiranja. U prvu podgrupu spadaju rješenja: nekadašnjeg Njemačkog građanskog zakonika (u daljem tekstu NGZ) i Njemačkog trgovačkog zakonika (u daljem tekstu NTZ), Švajcarskog građanskog zakonika (u daljem tekstu ŠGZ), Austrijska regulativa nakon novela (§ 52 treće novele iz 1916. godine, u daljem tekstu: AGZ). U drugu podgrupu možemo svrstati sljedeća rješenja: do skoro važeći čl. 2286 Francuskog građanskog zakonika (u daljem tekstu FGZ) i čl. 306 i čl. 577 Francuskog trgovačkog zakonika (u daljem tekstu: FTZ); italijansku, kao i građansku i trgovačku regulativu Kraljevine Jugoslavije (čl. 83 nekadašnjeg Trgovačkog zakonika Jugoslavije iz 1937. i čl. 87 Zakona o mjenici iz 1946. godine), pri čemu je ova, posljednja podgrupa regulativa bila dominantna.

Dalje razlikovanje kazuističkog načina normiranja retencije moguće je prema kriterijumu neposrednosti normiranja retencije u zakonu. Stoga, dozvoljavanje zasnivanja retencije limitativno, tj. striktno na nivou izuzetka, kroz vrijeme je bilo dvojako: 1) eksplicitno (za nedvosmisleno regulisane slučajeve, u kojima je najčešće sam zakonodavac neposredno ovlastio povjerioca određenog potraživanja na retenciju stvari dužnika, u okviru konkretnog građanskopravnog odnosa) i 2) implicitno kazuističko normiranje (ostavlja sumnju u pogledu domašaja dozvoljene retencije, koja postaje predmet različitih doktrinarnih tumačenja).

## **Osobnosti pojedinih modela regulative prava zadržavanja kroz istoriju**

### ***Koncept izričite zabrane prava zadržavanja***

Austrijski građanski zakonik prije novele iz 1916. godine je normom sadržanom u § 471 izričito zabranjivao zadržavanje dužnikove stvari: „Kako primalac zaloge, tako ni ma kakav drugi pridržnik tuđe stvari nije ovlašćen da, po prestanku datog mu prava na stvar, istu zadrži zbog druge tražbine. Ali, on može, ako nastupe zahtjevi određeni u sudskom postupku, a stvar je pokretna, dati stvar na čuvanje sudu i staviti na nju zabranu ili ako je nepokretna, tražiti uzapćivanje (sekvestraciju) iste.“ (Arandelović, 1906: 63). Ovakva formulacija zakonske odredbe, po našem

mišljenju, ukazuje na zabranu „klasične” retencije po prestanku založnog prava, kao i na različitost (zabranjenog) prava zadržavanja od založnog prava. Osim toga, ova norma se ne odnosi samo na zabranu zasnivanja retencije po prestanku založnog prava, već je opšteg karaktera i odnosi se na eksplicitnu zabranu zasnivanja retencije po prestanku bilo kog drugog prava.

Sa druge strane, čini nam se interesantnim sljedeće pitanje: ako je zabranjena retencija povjerioca (privatnog lica), kako je onda moguće da se, po slovu zakona, sud nađe u ulozi pridržnika ovakve stvari; i po kom pravnom osnovu? Smatramo da su moguća dva različita zaključka: a) prvi je da je sud u ulozi vršioca neke atipične (sudske) retencije, koja se vrši indirektno, za drugog i to po volji povjerioca, a ne suda; a realizuje se kroz osobeni odnos čuvanja dužnikove stvari do namirenja potraživanja. Ipak, s obzirom da i u tadašnjem austrijskom pravu opšteprihvaćeni koncept retencije ukazuje na neophodnost postojanja neposredne faktičke vlasti povjerioca-retinenta na stvari, smatramo da ovakvo pravo ne bismo mogli nazvati retencijom, makar i atipičnom. Drugi mogući zaključak je da je u pitanju oblik sudske zaloge, za šta je prethodno potrebna pravosnažna sudska odluka. Čini nam se da dio navedene odredbe OAGZ: „...ako nastupe zahtjevi određeni u sudskom postupku...”, možda upućuje upravo na slučaj donošenja sudske odluke po zahtjevu povjerioca, što predstavlja pravni osnov na osnovu kog se stvar predaje sudu, a u cilju konstituisanja sudske zaloge.

S obzirom da nemamo uvida u tadašnji austrijski procesni zakon, ne možemo biti sigurni da li je u pitanju sudska zaloga ili neki specifični procesni institut austrijskog prava. Ipak, u pitanju je: javnopravni odnos čuvanja stvari za drugog (odsustvo neposredne faktičke vlasti); nastao na osnovu odluke nadležnog državnog organa; kojim se negira mogućnost samostalnog (sudski neorganizovanog) vršenja privatne pravde, tj. samopomoći povjerioca (što bi imalo za cilj postizanje procesne ekonomije). Ovaj posljednji navedeni element, koji pravo zadržavanja bitno određuje, ovdje izostaje, zbog čega smatramo da nije riječ o nekom posebnom tipu retencije. Ovakvo rješenje, po našem mišljenju, potencijalno ukazuje na nepovjerenje tadašnjeg zakonodavca prema povjeriocu i sumnju u njegovo savjesno i pošteno (vansudsko) zadržavanje dužnikove stvari. Nužno posredovanje suda u ovom privatnom, dužničko-povjerilačkom odnosu ukazuje na zabranu retencije kao privatne samozaštite i sredstva ostvarivanja „prava i pravde” mimo suda u ovoj fazi važenja OAGZ-a.

Time je, po našem mišljenju, nedvosmisleno iskazana tadašnja zakonodavna politika, a to je: protekcionistički stav zakonodavca prema interesima dužnika, bez bilo kakvog faktičkog privilegovanja povjerioca, uprkos njegovoj nedovoljno zaštićenoj imovinskoj poziciji. Ovakav pristup retenciji kao ideji je, po našim saznanjima, jedinstven u pravnoj istoriji, zbog čega, po našem mišljenju, zavrjeđuje objašnjenje. Ratio ovakvog rješenja svakako postoji i smatramo da ga je moguće opravdati tadašnjim društvenim okolnostima, ali i nerazvijenošću jednog pravnog sistema (Stipković, 1972: 286).

Međutim, čini se da ovako rigidan koncept nije odgovarao praktičnim potre-

bama svog vremena, niti je obezbijedio srazmjeru u zaštiti interesa stranaka u građanskopravnom odnosu, a u cilju postizanja ravnopravnosti i ekvivalencije uzajamnih davanja. U odnosu na rimsko pravo, koje je vijekovima prije, iz načela pravičnosti, razvilo jedan praktičan i pravedan institut (doduše u rudimentarnoj formi), rješenje OAGZ možemo ocijeniti kao korak unazad. Jedina prednost ovakvog rješenja je nedvosmislenost norme, koja makar ne ostavlja prostor za različita tumačenja, što se nikako ne može reći za Srpski građanski zakonik (SGZ), kome je OAGZ bio izvornik. Naime, § 325 SGZ odgovara § 471 AGZ, ali je užeg domašaja: zabranjuje se samo retencija stvari zbog drugog duga od strane zalogoprimca, ali ne i zadržavanje u ostalim slučajevima, tj. drugim licima u ulozi povjerilaca.

### **Koncept dozvoljenog zasnivanja prava zadržavanja**

Model regulisanja prava zadržavanja u vidu opšte norme

U ovu grupu spadaju nekadašnja njemačka građanska, austrijska građanska regulativa nakon novele 1916. godine i švajcarska. Za razliku od kazuističkog modela normiranja retencije, čija je geneza implicirala postepeno zakonsko povećanje broja slučajeva u kojima je retencija izuzetno dozvoljena, opšti model retencije donio je dosljednost regulative i jednoobraznost, posredstvom opšteg pravila za zasnivanje građanskopravne retencije za sve povjerioce, pod zakonom predviđenim uslovima. Stoga bismo mogli reći da istorija retencije u okviru opšteg modela nije evolucija pojedinačnih modaliteta građanske retencije, već istorija prilagođavanja recipirane rimske koncepcije novonastalim potrebama tržišta.

S obzirom da su rastuće potrebe tržišta u evropskim zemljama bile zajedničke, a početna osnova ovih zakonika jedinstvena (normiranje instituta retencije u vidu opšte norme), moguće je pratiti razvoj retencije u ovih nekoliko regulativa paralelno, uz eventualno naglašavanje osobenosti pojedinih. Na osnovu pregleda prvobitnih zakonskih rješenja retencije u državama iz ove grupe, kao i analizom njihovih kasnijih izmjena; zatim, praćenjem tendencija u tadašnjoj sudskoj praksi i pregledom stavova tamošnje doktrine, u periodu od 15. do 19. veka, moguće je označiti tri faze u razvoju retencije u ovom modelu regulativa, koje bismo nazvali: 1) fazom recepcije rimskog koncepta retencije; 2) unošenjem osobenosti srednjevjekovnog feudalnog germanskog prava; i 3) izdvajanjem trgovačke retencije kao osobenog modaliteta, suštinski različitog od opšte retencije građanskog prava.

Navedene faze tiču se prije svega retencije nekadašnjeg njemačkog i austrijskog prava, a ne važe za švajcarsko. Tako, i u periodu prije stupanja na snagu ŠGZ-a, retencija je takođe bila regulisana u okviru založnog prava na pokretnim stvarima i potraživanjima, u čl. 210-228 starog Švajcarskog saveznog zakonika (Tuor i Schnyder, 1979: 737). Dakle, razvoj retencije u švajcarskom pravu tekao je bez diskontinuiteta; uz jedinstveno rješenje u građanskoj i trgovačkoj sferi prometa; uz maksimalno ojačanje njenog dejstva - priznavanjem prava namirenja iz vrijednosti retinirane stvari; i uz maksimalno približavanje retencije zalozi.



1. Faza recepcije rimskog koncepta prava zadržavanja. Izgrađena na rimskoj osnovi, retencija je dugo figurirala kao zakonom priznat opšti institut građanskog prava u zemljama tzv. „germanskog pravnog kruga” (osim u Švajcarskoj), sa uskim domašajem primjene: gotovo isključivo kao sredstvo pritiska na neurednog dužnika, koji traži povraćaj svoje stvari (ili zahtjeva činidbu), a da istovremeno nije spreman da drugoj strani ispuni dugovanu protivčinidbu. Međutim, opšta retencija građanskog prava, budući pod snažnim uticajem kanonskog prava, već je krajem 15. vijeka kočila razvoj trgovine koji je uveliko bio u zamahu. Doktrina je domašaj opšte retencije ocijenila kao mali, nedovoljan naspram ubrzano rastućih potreba za obezbjeđenjem potraživanja u odnosima između profesionalnih trgovaca, inostranih poslovnih partnera, a naročito neusklađen sa potrebom efikasnog namirenja neizmirenih potraživanja (Coppel, 1896: 7). Ipak, s obzirom na gotovo jednoglasno shvatanje retencije kao osobenog zakonskog ovlašćenja suštinski različitog od založnog prava, *ius distrahendi* je povjeriocu bio osporavan u sferi građanskog prometa, u kojoj su ovo ovlašćenje sadržala druga (stvarna) prava, kao što su: ručna zaloga, hipoteka i zakonsko založno pravo.

2. Pravo zadržavanja u srednjevjekovnom njemačkom i austrijskom pravu. Ovu drugu fazu možemo označiti kao višu etapu u razvoju rimskog koncepta retencije, koja počiva na ideji osnaživanja retencije: od običnog sredstva pritiska, do sredstva koje omogućava prodaju zadržane stvari, u određenim okolnostima. Kako stariji pravni pisci ističu, ova izuzetna, „pojačana retencija” se dozvoljavala u dva konkretna slučaja u starom njemačkom običajnom pravu, a to su: 1) retencija kod zakupa stoke i 2) retencija zanatlije usljed potraživanja dospjele isplate zarade (Volmer, 1895: 20). Pretpostavljamo da je ratio ova dva izuzetka različit. U prvom slučaju čini nam se neuporedivo racionalnijom prodaja zadržane životinje u cilju namirenja potraživanja, u odnosu na nesrazmerno velike troškove staranja o životinji, koja nužno mora biti u (najčešće neposrednoj) državini retinenta. U drugom slučaju, mogućim razlogom smatramo pojačanu zaštitu interesa ekonomski slabije strane, a to je radnik – zanatlija, kome je mnogo isplativije da namiri potraživanje zarade prodajom zadržavane stvari svog „gazde”, nego da bude egzistencijalno ugrožen tokom dugog trajanja prava zadržavanja.

Ova faza razvoja retencije ukazuje na promjene u konceptu ovog „osobenog prava obezbjeđenja” u njemačkom pravu, jer postaje očigledno da retencija može imati i drugačiju sadržinu. Stoga ovu fazu možemo označiti kao prelaznu ka trećoj, koja znači umnožavanje situacija u kojima se „širi” sadržina retencije ovlašćenjem namirenja povjerioca iz vrijednosti zadržane stvari i nastanka jednog novog prava zadržavanja.

3. Faza osamostaljivanja trgovačkog prava zadržavanja. Počev od 15. vijeka i ubrzanog razvoja trgovine, prije svega u italijanskim trgovačkim gradovima, a potom i u važnim trgovačkim centrima Njemačke, postalo je očigledno da trgovački promet zahtjeva novo, efikasno, jeftino, racionalno, a pritom dovoljno sigurno sredstvo obezbjeđenja potraživanja, koje će biti efikasnije i svrsishodnije od svih do tada postojećih. Drugačije sredstvo od ugovorne zaloge, koja urušava povjeren-

je postojećih i onemogućava zasnivanje povjerenja između budućih potencijalnih poslovnih partnera; zatim, različito i od taksativno priznatog, uskog kruga zakonskih založnih prava; a naročito, različito od opšte retencije građanskog prava, koja kao pravo slabog dejstva, nije mogla da zadovolji pretenzije trgovaca.

Rješenje problema trgovaca nađeno je u novom, savremenom sredstvu obezbjeđenja potraživanja, koje je garantovano zakonom, a koje ne predstavlja samo sredstvo pritiska, već neposredno „pravo pokrića“, tj. namirenja iz vrijednosti dobijene prodajom zadržane stvari. Ovo pravo se najčešće priznavalo komisionarima, špediterima i prevoznicima, kao najdalekosežnije pravo na robi, a koje tadašnja, kao i kasnija germanska doktrina različito kvalifikuje kao: „zakržljalo“ založno pravo, osobeno preferencijalno pravo, modifikovanu građansku retenciju ili čak kao hibridnu ustanovu, tzv. „založno pravo i pravo retencije“. Ipak, doktrina ne spori da je riječ o institutu kome su: „data založnopravna dejstva, bez da nosi ime nekog založnog prava“. (Volmer, op. cit: 10). Razlog zakonskog normiranja prava zadržavanja sa novom sadržinom je u tome što je „trgovački osjećaj zahtjevao da se zadržavani objekat pretvori u opšte mjerilo vrijednosti“ i da dovede do namirenja neplaćenog potraživanja.

### *Kazuistički model regulisanja prava zadržavanja*

U ovu grupu regulativa možemo svrstati nekadašnje francusko rješenje građanskopravne retencije, italijansko i što je naročito zanimljivo - rješenje nekadašnje Kraljevine Jugoslavije, što oličava kontinuitet sa pravom zadržavanja rimskog prava. Genezu retencije francuskog prava, kao predstavnika ovog modela regulative, po našem mišljenju, možemo analizirati kroz četiri faze, a to su: 1) faza feudalnog običajnog prava; 2) faza donošenja najznačajnijih Uredbi o retenciji; 3) tzv. „prelazna faza“ do donošenja Francuskog građanskog zakonika; i 4) faza regulative retencije Francuskim građanskim zakonikom.

A. Faza običajnog regulisanja u feudalno doba. U francuskoj literaturi se navodi da su u tzv. „starom francuskom pravu“ postojala dva slučaja zasnivanja retencije: a) u prvom slučaju predmet retencije bilo je područje koje je vladar ustupio vazalu na upotrebu, a causa retinendi bili su nenamireni troškovi koje je vazal imao povodom poboljšanja učinjenih na tom području; i b) u drugom slučaju retencija se odobravala podanicima područja kao garancija za plaćanje vrijednosti zemlje koju je gospodar uzimao da bi izgradio jezero, zabran ili golubnjak (Marty i Raynaud, 1971: 286).

Osim ova dva slučaja zakonom priznate retencije, francusko običajno pravo u srednjem vijeku je sadržalo više priznatih slučajeva retencije, među kojima su tipični sljedeći: „privilegovana“ retencija ugostitelja; retencija prekupca kod tzv. srodničkog preuzimanja nasljedstva; retencija sanasljednika povodom troškova učinjenih na nepokretnosti, za koju je potreban izvještaj o nasljedstvu; i u korist radnika u žetvi i pomoćnih radnika vozača, koji su mogli do pune isplate dugovanog: „zadržavati i spriječiti žetvu, branje grožđa, teretna vozila i konje, robu i stvari



njihovih dužnika, na čiji zahtjev su kulučili“ (Guillouard, 1896: 296).

Pregled navedenih slučajeva retencije sporadično priznate zakonom ili običajnim pravom ukazuje nam na naglašeni protekcionistički karakter tadašnje retencije, po pravilu priznate slabijoj strani u građanskopravnom odnosu (radniku, vazalu, podanicima i sl.). Ona se u ovom konceptu pojavljuje kao mehanizam za uspostavljanje faktičke i pravne ravnoteže između ugroženog povjerioca i nesavjesnog dužnika. Očigledno je i njena tadašnja (načelna) baza bila pravičnost, što čini „recipiranu rimsku osnovu“ (Planiol, 1917: 771), ali i konkretniji ratio: racionalnost i ubrzanje plaćanja, pojednostavljenje sudskog postupka vršenjem efikasnog pritiska na dužnika, uz konstantno pronalaženje novih sfera primjene u praksi.

Ipak, ove nedovoljno razrađene odredbe nisu bile dovoljne za precizno definisanje instituta retencije i opravdanog domena njene legitimne primjene. Otud brojne različite sudske i doktrinarne interpretacije sadržine ovih normi, preširoko tumačenje, ali i neograničena primjena analogije, koje su uzrokovale brojne zloupotrebe u praksi. Otud sledeću fazu razvoja prava zadržavanja u francuskom pravu odlikuje donošenje nekoliko uređaba, čiji je cilj bila intervencija države u ovoj oblasti, u smislu preciziranja granica dozvoljene upotrebe retencije i njene što efikasnije realizacije.

B. Faza donošenja uredbi o pravu zadržavanja: tri uredbе o pravu zadržavanja. Razrada pravila o dozvoljenoj retenciji u francuskom pravu otpočela je Uredbom Villers-Cotterets iz avgusta 1539. godine (čl. 97), čiji je primarni cilj bilo omogućavanje sudiji da fiksira rok za plaćanje potraživanja, koje je kauza zadržavanja stvari, nakon koga slijedi obaveza povraćaja stvari. Druga po redu bila je Uredba Moulins iz avgusta 1566. godine (čl. 52), koja omogućava vlasniku da preuzme svoju stvar i praktično „otkloni“ pravo retencije na koje se poziva detentor, ali pod uslovom da prethodno „da garanciju plaćanja“. Konačno, treća Uredba u nizu, koja je donijeta 1667. godine, smatra se povoljnijom za retinenta koji traži brzo likvidiranje svog potraživanja. Naime, konkretna odredba tiče se nasljednika koji je u vezi sa nasljedstvom imao troškove, te je prednost u tome što mu se omogućava nastavak državnine retiniranog nasljedstva sve „do potpunog rambursa učinjenih troškova“. Francuska doktrina ovoj odredbi pridaje opšti karakter, te je smatra pravilom za svakog detentora stvari koji je postao povjerilac „prilikom ovog posjedovanja“ (Guillouard, 1896: 292). Pravni pisci su još u 15. vijeku ovaj razlog retencije nazivali: *causas retinendi cohaerentes ipsi rei*, što savremena doktrina označava kao: *debitum cum re iunctum* (Planiol, 1917: 771).

Stav doktrine o pravu zadržavanja starog francuskog prava. Uprkos donijetim Uredbama, čiji je cilj bio preciziranje pravila o domašaju prava zadržavanja, ovo pitanje je ostalo sporno. Po jednom relativno usamljenom mišljenju, retencija je bila dozvoljena isključivo u rijetkim slučajevima priznatim u zakonu i u običajnom pravu. Nasuprot tome, po drugom stavu, retencija je, kao i u rimskom pravu, priznata uvijek kada potraživanje nastane povodom stvari koju povjerilac pretenduje da zadrži, tj. kada postoji veza između duga i zadržanog predmeta (Marty i Raynaud, 1971: 291).

U ocjeni domašaja retencije u ovoj fazi razvoja, mi ćemo se prikloniti drugom navedenom stavu doktrine, kao činjenično utemeljenijem. Zajednički ratio navedenim slučajevima eksplicitnog predviđanja retencije u nekadašnjem francuskom pravu je ideja da „stvar duguje“. Naime, čim je trošak napravljen u vezi sa stvari u cilju njenog očuvanja ili poboljšanja, povjerilac troškova koji ima tu stvar u posjedu ima pravo retencije na njoj, prema pravilu: *causam habet retentionis cohaerentem ipsi rei* (Guillouard, 1896: 293). Time je francuska doktrina praktično kreirala opštu formulu za primenu retencije, oslanjajući se i na pravnu tradiciju, a ne samo na formalne propise. Ocjena pravnih pisaca je da je na ovaj način zadržan obim retencije rimskog prava, ali su efekti ovog prava znatno ojačani u odnosu na rimske korijene. Sa ovom konstatacijom se možemo složiti i to u dvojakom smislu: 1) retenciji je priznato snažnije dejstvo - „istinite privilegije“. Naime, u slučaju da izgubi posjed stvari, retinentu je priznavana tužba za naplatu protiv dužnika, čime je priznat jači efekat retenciji, bolja procesna pozicija retinenta i obezbijedena naplata (što u rimskom pravu nije bio slučaj); i 2) drugačija pravna priroda retencije - obrisi realne garancije.

C. Regulatorna prava zadržavanja u „prelaznoj fazi“ do stupanja na snagu Francuskog građanskog zakonika. Ova faza u razvoju prava zadržavanja francuskog prava, može se označiti kao „prelazna“, do donošenja FGZ, a odlikuje je donošenje još dvije Uredbe, kojima se dozvoljava retencija detentora nacionalnih javnih dobara podložnih otkupu (čl. 25 Uredbe od 22. novembra do 1. decembra 1790. godine) i retencija detentora u slučaju zakupa sa pravom otkaza (čl. 21 Uredbe od 30. maja, 7. juna i 6. avgusta 1791. godine). Na ovaj način je zaokružena francuska regulatorna prava zadržavanja do donošenja FGZ, kao sistem kazuističkih odredaba o pravu retencije „nasljeđenom“ iz rimskog prava, ojačan u skladu sa novim tokovima i potrebama pravnog prometa. Brojne nejasnoće, kontroverze u pogledu domašaja, dejstva i pravne prirode ovog prava očigledno datiraju iz doba prije donošenja FGZ. Prvobitni kazuistički metod regulisanja retencije u „starom francuskom pravu“, bitno je trasirao put razvoja i način normiranja retencije u kasnije donijetom kodeksu, o čijoj svrsishodnosti francuska doktrina i danas polemše.

D. Regulatorna prava zadržavanja od donošenja Francuskog građanskog zakonika do njegove reforme 2006. godine. Razlog što regulatornu retenciju iz FGZ iz 1804. godine ne možemo analizirati kao pozitivno francusko rješenje jesu izmjene ovog zakonika iz 2006. godine, kojima je novi propis o retenciji označio suštinski prekid tradicionalno kazuističkog normiranja ovog instituta (modifikacija čl. 2286 FGZ ordonansom br. 2006-346 od 23. i 24. marta 2006. godine). Naime, novelom FGZ je po prvi put u francuskom pravu normiran opšti pojam retencije, kojim je omogućena široka primjena zakonske retencije. Fazu strogo kazuističkog normiranja retencije francuskog prava, bez kreiranog opšteg pojma, stoga moramo označiti kao dio istorije ovog instituta, koja je trajala dva vijeka. Stoga svi taksativno nabrojani slučajevi retencije u obimnoj francuskoj literaturi, koji su do skoro bili osnova za posredno formulisanje opšteg pravila o ovom institutu, sada su samo pokazatelj evolucije ideje o širenju primjene retencije u francuskom pravu.

Francuska doktrina je uglavnom usaglašena u pogledu dvije grupe slučajeva u kojima je u FGZ do 2006. godine bilo kazuistički priznato pravo zadržavanja, a to su: 1) priznavanje retencije kod sinalgamatičkih ugovora, gdje je zadržavanje dužnikove stvari odgovor na neispunjenje ugovorne obaveze druge strane; i 2) priznavanje prava zadržavanja držaocu stvari povodom troškova koje je imao oko nje, kao odgovor na reivindikacioni zahtjev vlasnika stvari (Catala - Franjou, 1967: 17). Drugim riječima, liniju podjele ove dvije kategorije slučajeva oličava ugovorno ili vanugovorno porijeklo potraživanja koje se obezbjeđuje retencijom.

1. Pravo zadržavanja francuskog prava kod sinalgamatičkih ugovora. U prvu grupu slučajeva, gdje pravo zadržavanja predstavlja odgovor na neispunjenje dugovane obaveze saugovarača kod sinalgamatičkog ugovora, francuska doktrina svrstava sljedeće situacije kao najznačajnije (Crosio, 1986: 105): 1) retencija prodavca stvari dok kupac ne plati cijenu (čl. 1612 i 1613 FGZ); 2) retencija prodavca stvari koji koristi ugovoreno pravo otkupa, a imao je troškove oko stvari (čl. 1673 FGZ); 3) retencija zakupca koji je dobio otkaz, a povodom naknade štete i troškova oko zadržane stvari (čl. 1749 FGZ); i 4) retencija ostavoprimca na deponovanoj stvari do namirenja dugovanog po osnovu ugovora o ostavi (čl. 1948 FGZ).

Za razliku od prethodne podgrupe slučajeva, koji se u francuskoj doktrini smatraju načelno nespornim, druga podgrupa obuhvata sporne slučajeve, koje su francuski autori različito kvalifikovali: kao retenciju ili srodni institut (Planiol, 1917: 798; Ripert i Roblot, 1964: 205).

2. Priznavanje prava zadržavanja držaocu stvari povodom troškova koje je imao oko nje. U drugu grupu slučajeva u kojima je francuska doktrina uočavala mogućnost za primjenu retencije, ubrajaju se slučajevi tzv. materijalnog koneksiteta, kada potraživanje ne nastaje iz ugovora, već je u uskoj, neposrednoj vezi sa zadržanom stvari u vidu troškova ili štete koju je stvar pričinila držaocu. Ovi slučajevi se opisno ilustruju idejom da „stvar duguje“, tj. debitum cum re junctum, a tu se ubrajaju sljedeće situacije: 1) retencija vlasnika ekspropriisane stvari do isplate pravične naknade za oduzetu stvar - čl. 545 FGZ (Ripert i Boulanger, 1958: 15; Catala Franjou, 1967: 29); 2) retencija držaoca nepokretnosti (gradioca, sadioca i vršioca drugih radova sopstvenim sredstvima na tuđem zemljištu) do isplate naknade vrijednosti inkorporisanih stvari; 3) retencija sanasljednika na stvari koju je dužan da vrati, a do nadoknade troškova oko nje i poboljšanja koje je u nju uložio (čl. 862 FGZ); 4) pravo retencije radnika (specifikatora) prema vlasniku materijala od koga je radnik stvorio novu stvar (species) za nadoknadu vrijednosti rada (čl. 570 FGZ). I u ovoj kategoriji slučajeva postojali su sporni, koje je dio doktrine kvalifikovao kao slučajeve retencije, a drugi dio ne. Tu spadaju: retencija držaoca izgubljene ili ukradene stvari stečene na javnoj prodaji ili od trgovca, do naknade cijene plaćene za stvar i retencija plodouživaoca (Guillouard, 1896: 392; Aubry i Rau, 1900: 192-193; Derrida, 1954: 704).

Ova faza razvoja retencije u francuskom pravu okončana je relativno skoro, kada su svi do sada taksativno navođeni slučajevi retencije u sklopu pojedinih građanskopravnih odnosa, spojeni u jednu jedinstvenu normu, čime je učinjen

ogroman sistemski i naučni korak naprijed, ali je istovremeno učinjen i raskid sa dotadašnjom pravnom tradicijom.

## Zaključak

Iako je u doktrini nesporno da se korijeni evropske retencije nalaze u rimskom pravu (*ius retentionis*), tokom srednjeg vijeka je pravo zadržavanja evoluiralo značajno izmijenivši svoju prvobitnu fizionomiju i domašaj. Istoriskopravni pregled geneze evropskih rješenja ukazuje na različitost regulativa u brojnim segmentima: u pristupu regulisanju retencije - izričita zabrana/dozvoljavanje; u obimu legalnog prava zadržavanja (na nivou izuzetka/opšte norme); vrstama (građanska/trgovačka; obična/kvalifikovana, itd.); pravnom dejstvu (*inter partes/erga omnes*); sadržini (samo zadržavanje stvari/zadržavanje i namirenje); pa i cilju ovog instituta. Sve ove razlike su posljedica drugačijih pravaca evolucije retencije kroz vijekove, „provučenih“ kroz prizmu potreba pojedinih zakonodavstava i različitih društvenih okolnosti.

Opšti utisak je da je evolucija retencije na evropskokontinentalnom tlu usklađena sa opštim promjenama shvatanja o pravnom fenomenu zadržavanja stvari u cilju obezbjeđenja potraživanja. Smjer razvoja ovog instituta u evropskim državama je tekao od izričite zabrane građanskog prava zadržavanja – što je odlika nekadašnjeg austrijskog rješenja, preko kasnije kazuistički priznavanih izuzetaka za građansku retenciju, a koji su produkt djelovanja doktrine i sudske prakse, koje su nastojale da rigidno zakonsko rješenje ublaže i prilagode potrebama prakse. U drugu grupu smo uvrstili sve ostale regulative iz našeg uzorka, a to su nekadašnja: njemačka (građanska i trgovačka), austrijska trgovačka, švajcarska, francuska, italijanska i regulativa nekadašnje Kraljevine Jugoslavije (građanska i trgovačka). Razlog pretežnog regulisanja prava zadržavanja u vidu izuzetka – kazuistički, za šta je tipičan primjer nekadašnje francusko rješenje, je verovatno strah većine tadašnjih zakonodavaca od potencijalnih zloupotreba „retencije bez granica“ i od pravne nesigurnosti koju bi preširoka primjena ovog sredstva samozaštite mogla prouzrokovati u praksi. Vrhunac afirmacije prava zadržavanja i formulisanja u vidu opšteg pravila građanskog prava (što je naučni i sistemski iskorak) prepoznajemo u rješenju švajcarskog prava kojim je retencija i danas široko dozvoljena, a koje je ujedno i bilo uzor domaćem zakonodavcu – rješenje važećeg ZOO.

Ova tri zakonska modela su odraz različitih shvatanja zakonotvoraca o važnosti ovog instituta i posljedično, ideje o opravdanosti priznavanja njenog užeg ili šireg domašaja u građanskopravnim odnosima. Motiv pojedinih zakonodavaca da, prvobitno prihvaćeni, kazuistički model regulisanja retencije zamijene opštim; tj. da nekada usko interpretiran i „nerazrađen izuzetak“ (Gucunja, 1979: 18) u sljedećoj fazi prošire na nivo opšteg zakonskog pravila odrazio je suštinsku promjenu u shvatanju važnosti građanskopravnih načela, koja su ratio instituta retencije. Upravo ova načela: ekvivalencije uzajamnih davanja; pravičnosti; savjesnosti i poštenja; zaštite povjerenja u pravnom prometu i procesne ekonomije, oprav-

davala su sve šire polje primjene ovog instituta i uslovila niz osobnosti retencije savremenog prava - snažnije dejstvo instituta, a u pojedinim regulativama (u švajcarskoj i domaćoj) i ukidanje dualiteta retencije građanskog i trgovačkog prava.

### Literatura:

Arandelović, D. (1906). Austrijski građanski zakonik, Beograd.

Aubry, C.A.; Rau, C.F. (1900). Cours de droit civil français. 5. Éd., Tome III, Paris.

Austrijski građanski zakonik – AGZ iz 1811. god. (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB), dostupno na: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

Babić, I. (2011). Građansko pravo, Knjiga I, Uvod u građansko pravo. Banja Luka.

Catala - Franjou, N. (1967). De la nature juridique du droit de retention. Re-vue trimestri – elle de droit civil.

Coppel, A. (1896). Pfandreht und Retentionsrecht des Frachtführers. Inaugural-Dissertation, Würzburg.

Crosio, A. (1986). Les sûretés, La garantie des créances; Encyclopédie pratique pour la vie des affaires. J. Delmas et CIE, Paris.

Derrida, F. (1954). Encyclopédie Dalloz de droit civil, Paris.

Francuski građanski zakonik – FGZ (Code Civil), dostupno na: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4560B3C16E1F5CB8B5FF-3973362C8F4E.tpdila23v\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150114&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150626](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4560B3C16E1F5CB8B5FF-3973362C8F4E.tpdila23v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150114&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150626).

Francuski trgovački zakonik – FTZ iz 1807., dostupno na: [https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger\\_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379](https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379).

Gucunja, J. (1979). Uslovi za vršenje prava zadržavanja prema Zakonu o obligacionim odnosima. Glasnik advokatske komore Vojvodine, br. 9-10/ 1979.

Guillouard, L. (1896). Traités de nantissement et du droit de retention. Paris.

Lorenc, R. (1966). Pravo zadržanja (ius retentionis). Beograd, 1966.

Marty, G.; Raynaud, P. (1971). Droit civil, Tome III, Les sûretés la publicité foncière. Paris.

Njemački građanski zakonik – NGZ iz 1896. god. (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), dostupno na: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/) i <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html>.

Njemački trgovački zakonik – NTZ (Handelsgesetzbuch - DHGB) iz 1897., dostupno na: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/hgb/gesamt.pdf>.

Opšti Austrijski građanski zakonik - OAGZ, Justizgesetzsammlung, iz 1811. god.

Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 2 JORF 24 mars 2006; modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 3 JORF 24 mars 2006.

Pavićević, A. (2016). Pravo retencije. Neobjavljena doktorska disertacija, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Pavićević, A. (2019). Similarities and differences between ius retentionis and related institutes of Roman law. Ius Romanum, Res publica & Res privata, no.

2/2019.

Petrić, S. (2004). Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu. Split.

Planiol, M. (1917). Traite elementaire de droit civil, Tome Deuxieme. Paris.

Ripert, G.; Boulanger, J. (1958). Traité de droit civil, Tome III: Sûretés reelles, Contracts civils. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.

Ripert, G.; Roblot, R. (1964). Traité élémentaire de droit commercial. Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris.

Stipković, Z. (1972). Pravo retencije i neki slični instituti. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXII – br. 3/1972.

Švajcarski građanski zakonik – ŠGZ iz 1907. god. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch), dostupno na: <https://www.admin.ch/opc/de/classifiedcompilation/19070042/201407010000/210.pdf>.

Trgovački zakonik Jugoslavije iz 1937.

Tuor, P.; Schnyder, B. (1979). Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich.

Volmer, M. (1895). Unterschied des kaufmännische Retentionsrechtes von dem des gemeinen Rechtes. Inaugural-Dissertation, Berlin.

Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, Službeni list SFRJ, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989.

Zakon o mjenici iz 1946.



---

## ORIGIN AND DEVELOPMENT OF RIGHT OF RETAINING POSSESSION IN DIFFERENT EUROPEAN COUNTRIES

Aleksandra PAVIĆEVIĆ, PhD\*

**Summary:** The right of retaining possession is an important and controversial institute of modern civil law, which successfully performs the function of atypical real security of claims and which is realized by a special technique of allowed self-protection. The creditor of the due unsettled claim is directly authorized by law to retain the debtor's property he already has in possession and refuses to hand it over to the debtor at his request, in order to put pressure on the debtor to settle the debt. By using the historical and axiological method, the author considers and critically evaluates the origin and genesis of the right of retaining possession, as a specific institute of civil law, starting from the origin in Roman law, through medieval regulations in certain European-continental legislations, to final codification in civil codes. Subject of consideration in the work is key segments of this institute in the former domestic regulations, and specially in the former Austrian and French solution. The aim of this paper is to formulate answers to these questions: which models of right of retaining possession regulations have existed over time, how and why have they evolved; what was the attitude of different legislators towards this institute; and the discovery of ration of its increasing recognition. The author estimates that historical and legal review of the genesis of European solutions indicates the diversity of regulations in many segments: in the approach to the regulation of right of retaining possession - explicit prohibition / permission; within the scope of the legal right of retaining possession (at the level of exception / general norm); species (civil / commercial; ordinary / qualified, etc.); legal effect (inter partes / erga omnes); content (retaining only / retaining and settlement); even the goal of this institute. All these differences are a consequence of different directions of the evolution of retention through the centuries, "pulled" through the prism of the needs of individual legislations and different social circumstances. The author estimates that the genesis of this institute through time is a path from its explicit prohibition (in former Austrian solution), through casuistic recognition at the level of exceptions (in former French regulation), to the formulation of a general rule on civil and commercial right of retaining possession (in Swiss and domestic solution). The culmination of the affirmation of right of retaining possession and formulation in the form of a general rule of civil law (which is a scientific and systemic step forward) is recognized in the solution of Swiss law in which this institute is still widely allowed, and which was a model for domestic legislators. Author estimates that in modern physiognomy right of retaining possession embodies not only a means of pressure on a disorderly debtor,

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac; e-mail: apavicevic@jura.kg.ac.rs

but also an effective instrument of settlement (similar to a possessory lien, pledge in movables) - in the role of *equitas*, protection of trust in legal transactions and equivalence of mutual benefits in debtor-creditor relations.

**Key words:** the security right in rem; right of retaining possession (*ius retentionis*); general and casuistic way of regulation; a means of pressure and settlement; civil and commercial right of retaining possession...