

ОСВРТ НА НАЦРТ ЗАКОНА О ПРАВУ СВОЈИНЕ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА У СР СРБИЈИ

Припрема било ког закона подразумева обнављање старих и већ постојећих као и заметање нових спорова о томе како уредити поједина питања. Ни Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима у СР Србији, чија је радна верзија израбена фебруара 1978. године, није изузетак у том погледу. Извесно је да поводом њега неће моћи да изостане дискутовање, пре свега, следећих проблема о којима су, уосталом, већ изражена различита схватања: с обзиром на уставне одредбе о законодавној надлежности федерације и република за регулисање материје стварног права, питање је која је то конкретно материја и која је то мера у којој федерација регулише стварноправне (својинскоправне) односе, како у погледу ствари у друштвеној својини, тако и у погледу ствари у приватној и личној својини; да ли да закон регулише стварна права само на непокретностима (како то Нацрт чини) или и стварна права на покретностима; да ли законом регулисати (као што Нацрт чини) једино право својине, право службености, заложно право и државину, или регулисати и друга стварна права; да ли остати при сада важећим максимумима својине на непокретностима или (попут Нацрта) уносити измене у ту материју. Већина тих питања сигурно ће добити публицитет не само међу правницима него и шире. Ја ћу, међутим, изнети запажања само о неким од оних питања, у погледу којих се могу очекивати правнополитичка и правнодогматска разматрања готово искључиво у ужестручним, првничким круговима.

(1) Злоупотреба права — чл. 4, ст. 2.

Материја злоупотребе права регулисана је методом који има све предности: комбинацијом генералне клаузуле и специјалне, казуистичке одредбе. Члан 4, ст. 2. садржи, наиме, с једне стране забрану злоупотребе права, формулисану у виду генералне клаузуле (недозвољено је да се вршењем права повреде принципи социјалистичког морала), а с друге стране, забрану шикане као једног специјалног вида злоупотребе

права (недозвољено је да се права врше са циљем да се другим лицима нанесе штета). Док изабрани метод регулisaња заслужује подршку, критички подлеже и формулација одредбе и садржина одредбе. Формулација је рогобатна „У вршењу права... недозвољено је да се она врше..." и до коначне редакције ваља је свакако поправити. У погледу садржине одредбе, моје су примедбе следеће:

1. Злоупотреба права дефинисана је на начин који данас није уобичајен ни у правној теорији ни у законодавству. Уместо уобичајене дефиниције да је злоупотреба права вршење права противно његовом циљу, злоупотреба права дефинисана је као вршење права којим се вређају принципи социјалистичког морала. Слична тој једино је дефиниција садржана у Цивилном закону АДР. Не видим разлог да се напусти она данас уобичајена и широко прихваћена дефиниција злоупотребе права. Утолико мање што она, уосталом, будући да је шира, обухвата и ову садржану у Нацрту: и вршење права којим се вређају принципи социјалистичког морала представља вршење права противно његовом циљу.

2. Генерална забрана злоупотребе права конкретизована је у Нацрту једино забраном шикане. Пошто је реч о закону у једној посебној области, пожељно је да буде конкретизована још и даљим случајевима злоупотребе права који су се оформили као чврсти типови у току развоја теорије злоупотребе права. Требало би генералну клаузулу конкретизовати навођењем још три таква случаја. За разлику од шикане, код које титулар нема интереса да врши право а има намеру да другоме нашкоди (при чему се присуство намере шкођења установљава на основу одсуства интереса за вршење права, бескорисности вршења), код ова три случаја злоупотребе права титулар има интерес да врши право и нема намеру да другоме нашкоди (одн. ти елементи и нису битни за постојање злоупотребе), а ипак и такво вршење треба забранити. а) У једном случају, злоупотреба права постоји ако постоји очигледан несразмер између вредности интереса којег титулар остварује вршећи право и вредности интереса којем шкоди, при чему је интерес титулара незнатан у поређењу с тим другим интересом. б) У другом случају, титулар злоупотребљава право ако између неколико могућих начина да право врши, не врши га на онај начин којим у највећој мери штеди интересе другог, а да је право тако вршио не би другоме нашкодио или би, али у мањој мери. в) У трећем случају, титулар злоупотребљава право јер га врши мада је својим ранијим понашањем створио код другог утисак да га неће вршити (*venire contra factum proprium*), па му тиме шкоди.

3. Нацрт дефинише шикану као вршење права са циљем да се другоме нанесе штета. Тиме неоправдано сужава појам шикане. Шикана је, наиме, свако вршење права с циљем да се повреди туђи интереси, па је то и онда када се повреда интереса не да изразити као штета (нпр. разна узнемиравања, сметања). Да ли одређена последица вршења права представља штету, то је од значаја у облигационом праву за питање накнаде. Но, за стварноправни пропис, какав је овај у Нацрту, значајно је да се обухвате сви случајеви вршења права који су забрањени и про-

тив којих се могу употребити, пре свега, стварноправне тужбе: ако је последица (узнемиравање, сметање) већ наступила — негаторна тужба, ако такво вршење тек прети — квази, негаторна тужба. Зато шикану треба дефинисати као вршење права с намером да се повреде туђи интереси, или одредити, специфицирано с обзиром на последице, да је забрањено вршење права с намером да се другога смета или да му се нанесе штета (како то чине нпр. ОИЗ и италијански ГЗ).

(2) *стицање својине изнад дозвољеног максимума — чл. 24, 28, 31, 37, 42.*

Чланом 24. Нацрт регулише стицање на основу наслеђивања или путем одржаја својине на пољопривредном земљишту изнад дозвољеног максимума (што сходно важи и за грађевинско, чл. 23). Чл. 31. и 37. регулишу стицање на основу наслеђивања својине на пословној просторији изнад максимума. Нема посебне одредбе о својини на становима стеченој изнад максимума, изузев о својини стеченој пре ступања на снагу планираног закона (чл. 28), при чему се не наводи основ стицања. Коначно, чл. 42. односи се на својину на било којој непокретности, али се тиче само својине стечене наслеђивањем.

Уместо тих неоправданих различитости у погледу објекта својине и основа стицања, требало би регулисати стицање својине изнад максимума а. у погледу свих врста непокретности и б. у погледу свих основа којима се својина стиче (пре свега на основу правног посла). Осим тога, ако треба да важе различити режими за својину стечену изнад максимума на основу правног посла и на основу наслеђивања, — тада за својину стечену изнад максимума на основу одржаја не би требало да важе правила о стицању изнад максимума путем наслеђивања, него правила о стицању изнад максимума на основу правног посла. Разлог томе је тај што одржај само представља алтернативу за стицање које се изјавило на основу правног посла.

(3) *Одржај — чл. 50 и д.*

Материја одржаја претрпела је измене у односу на важеће право као мало која друга. Бар је седам, што новина, што разјашњења ставова који су у правној мисли спорни.

1. Сходно традицији аустријског ГЗ, наша судска пракса познаје само један јединствени вантабуларни одржај права својине на непокретности: био држалац законит или незаконит, био прави или манљив, ако је савестан стиче за 20 година својину. Нацрт напушта јединствени вантабуларни одржај уводећи редован — краћи — 10, одн. 15. — годишњи (чл. 50, ст. 1) и ванредан — дужи 20 — годишњи (чл. 50, ст. 2) вантабуларни одржај. За краћи — редован одржај захтева савесност и законитост државине, за дужи — ванредан, само савесност. Ваља подржати то што Нацрт ставља у повољнији положај држаоца који је савестан

и законит, него држаоца који је само савестан. Наиме, сметња због које законит држалац није стекао својину већ по правном послу, не налази се уопште у његовој правној сфери, већ се састоји у одсуству својине на страни његовог суконтрахента. За разлику од тога, сметња због које незаконит држалац није стекао својину већ по правном послу, налази се у његовој правној сфери и састоји се у непуноважности правног посла или неподесности за стицање својине правног посла који је закључио.

2. Нацрт не прави разлику између редовног и ванредног вантабуларног одржаја по томе да ли је узупацијент манљив или је прави држалац (какву разлику чини део наше литературе), него манљив држалац стиче својину у истом року у коме је стиче прави држалац. То се донекле може разумети, ако се има у виду одредба чл. 57 Нацрта, да је укњижба начин стицања својине на непокретности. Међутим ако се пође од правног живота, тада начин стицања својине на непокретности није укњижба него традиција. За 79,3⁹% територије Србије (ван покрајина) не постоје земљишне књиге, а тамо где постоје, око 36⁰% од укупног правног промета уопште се не књижи (више од 90⁰% власника није обухваћено тапијским књигама). С обзиром на то, део судске праксе прихвата да је власник онај ко по пуноважном правном послу држи непокретност која му је традирана. Прихватимо ли тај став, законити држалац коме непокретност није традирана, него је државину на њој стекао манљиво, сам је скривио недостатак због којег није постао власник већ по правном послу. Њего би зато требало упутити на тегобнији, дужи — ванредни вантабуларни одржај, а узупацијенту који је прави држалац, будући да није до њега недостатак који је спречио да стекне својину већ по правном послу, омогућити да својину стекне краћим — редовним вантабуларним одржајем.

3. Нацрт уводи једну новину, која је новина не само за наше право него и уопште, јер се такво решење не сусреће било где у упоредном праву: Дужину рокова потребних за редован вантабуларни одржај одређује у зависности од тога да ли је узупацијент државину стекао на основу теретног или доброчиног правног посла. Последњем је за одржај потребно 15 година, 5 више него првome (чл. 50, ст. 1) одн. 5 година, 2 више него првome (код тапијског одржаја, чл. 51, ст. 2). То разликовање не може се оправдати већ општом, основном функцијом установе одржаја, као што се међутим том функцијом може оправдати такво разликовање у погледу законитог и незаконитог, правога и манљивога држаоца. Незаконитост и манљивост државине јесу, наиме, сметње због којих узупацијент није стекао својину већ по правном послу, и то сметње које спадају у његову правну сферу, па је одржај потребан да би му омогућио накнадно стицање. Напротив, то што је узупацијент државину стекао доброчиним а не теретним правним послом, није никаква сметња за стицање. И теретан и доброчин правни посао представљају признате основе стицања. Разликовање које Нацрт чини не да се оправдати ни посебном функцијом одржаја да употпуни сигурност правног промета штитећи савесност стицања. Одржај пружа заштиту лицу које је савесно стекло државину од невластника, основано верују-

ћи да уговара с власником. Битно је да је то лице савесно и ту савесност треба штитити, без обзира да ли је савесни држалац до државине дошао теретно или доброчином.

Како се разликовање дужине рокова у зависности од теретности или бестеретности стицања не да оправдати већ самом функцијом установе одржај, пожељно би било да је дато посебно образложење тог разликовања. У образложењу уз Нацрт различита дужина рокова оправдава се тиме што „већу заштиту треба да ужива теретно стицање у односу на доброчином“. Хтело се вероватно рећи да, регулишући одржај, ваља имати у виду не само узупапијента и његову позицију, него и то да одржајем досадашњи власник губи својину без своје воље, па када је већ губи без своје воље, онда му ваља пружити већу заштиту ако узупапијент непокретност држи бестеретно и стећи ће својину а да за то није учинио било какву жртву. Но ако се прихвати то да треба имати у виду и позицију досадашњег власника, који губи својину, онда би пре свега требало узети у обзир то да ли је досадашњи власник својим понашањем допринео томе да изгуби својину. Требало би (како се то у неким страним правима чини код стицања покретности од не-власника) правити разлику између власника који је нпр. занемарио сваки надзор над непокретношћу, који је узупапијентовом суконтрахенту поверио непокретност и сл. и тиме допринео да се створи привид као да је узупапијентов суконтрахент власник, и оног власника који ничим није дао повода за такав привид. Требало би предвидети да се у 10-годишњем року редовног одржаја стиче својина против оног власника који је сам допринео губитку својине, а у 15-годишњем року, против онога који ничим није томе допринео.

Најдалекосежнија новина тиче се ванредног вантабуларног одржаја. Како је регулисан у Нацрту, он, у односу на досадашње право, битно проширује и функцију и домен примене установе одржај: Пошто је за тај одржај по Нацрту довољно да је узупапијент савестан држалац (чл. 50, ст. 2), њиме би могао стећи својину сваки незаконити држалац — не само онај који непокретност држи по пуноважном основу који је иначе подесан за пренос својине, него и онај који непокретност држи без икаквог основа, као и онај који је држи по правном основу који је пуноважан али није подесан за пренос својине. Да ли се то уистину хтело (што не би био куриозитет јер има страних права која, истина у нешто дужим роковима, чак и несавесном незаконитом држаоцу омогућују да одржајем постане власник), или је то (што ће пре бити) последица несмотрености при конструисању одредбе!? Не може се наике механички у Нацрт преузети одредба аустријског ГЗ о ванредном одржају, која такође као услов наводи једино савесност државине. а) У аустријском ГЗ, наике, спречава неке незаконите држаоце да ванредним одржајем стекну својину већ сам концепт државине који је тамо усвојен, а који је римски: држалац непокретности је само оно лице које непокретност држи с вољом да је држи као своју, па се већ зато не може појавити као узупапијент лице које непокретност држи по пуноважном послу али неподесном за пренос својине, пошто

такво лице и није држалац, него је притежалац. Закупац, чувар и њима слични неће дакле протеком рока одржаја постати власници. Нацрт, међутим, почива на германском концепту државине, па не искључује већ сам по себи од одржаја онога који непокретност држи по пуноважном послу али неподесном за пренос својине, јер је и такво лице држалац. Закупац, чувар и њима слични нису дакле унапред искључени од могућности да протеком рока одржаја постану власници. Да би се то предупредило, требало би да у одредби стоји да једино својински држалац може бити узупапијент. Тиме би били искључени закупцац, чувар и њима слични, јер су они употребни а не својински држаоци.

б) С друге стране, закупца, чувара и њима сличне, који би злоупотребили поверену им фактичку власт и почели непокретност држати с вољом да је држе као своју, а такође и оног незаконитог држаоца који држи без икаквог основа (узурпатор од почетка), аустријски ГЗ искључује од могућности да одржајем постану власници тиме што прихвата принцип *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* и тиме што захтева савесност. Тај се принцип наслућује и у Нацрту (чл. 207, ст. 2) а и Нацрт захтева савесност. Тај принцип и савесност као услов за ванредан одржај, показује да се Нацртом ипак није хтело широко отворити врата незаконитим држаоцима да стичу својину ванредним одржајем. Али, ни тај принцип, ни савесност, нису довољна брана против тога да незаконити несавесни држаоци, који држе без икаквог основа или по основу неподесном за пренос својине ипак стекну својину ванредним одржајем. После 20 година власник (а на њему је терет доказа и ризик недоказаности) тешко ће или никоко успети да докаже да је пре 20 година узупапијент био несавестан одн. да је својевољно изменио основ државине (због губитка доказа, умирања сведока, слабења сећања и сл.). Да би се искључила могућност да ванредан одржај служи наведеним незаконитим (а уједно несавесним) држаоцима за стицање својине, да одржај постане *imprium praesidium*, решење није у томе да се као услов за ванредан одржај тражи и законитост државине. Тиме би се брисала свака разлика између редовног и ванредног одржаја. Него, држаоца који држи непокретност без икаквог основа и држаоца који је држи по основу неподесном за пренос својине, ефикасно ћемо искључити од могућности да ванредним одржајем стекну својину једино ако у одредби изричито кажемо да ванредан одржај служи искључиво томе да омогући накнадно стицање својине једино оном незаконитом држаоцу који својину није стекао већ по правном послу подесном иначе за пренос својине само због тога што тај посао није био пуноважан. (Судској пракси би требало препустити да одреди које би разлоге непуноважности основа могао одржај да „санира“).

в) Обједињавајући обе примедбе, одредбу би ваљало формулисати како следи: „Савестан својински држалац, који непокретности држи на основу непуноважног правног посла (основа) подесног иначе за пренос својине, стиче право својине на тој непокретности протеком рока од 20 година“.

5. Према Нацрту, вантабуларни одржај има само ту функцију да држаоцу омогући да накнадно стекне својину када му се изјаловило

стицање већ на основу праног посла. Није ли оправдано (имајући у виду битну сличност ситуација) да вантабуларни одражај буде алтернативан начин стицања и када се изјалови стицање на основу других правних титулуса (нпр. због непуноважности судске одлуке, непуноважности одлуке других државних органа)!? Ту функцију одражаја ваља уградити у Нацрт изричито наводећи да вантабуларним одржајем стиче и онај ко држи, не само по правном послу, већ и по другом основу подесном за стицање својине (у противном то би се морало извести тумачењем а што је могуће с обзиром на исти *ratio legis*).

6. Нацрт у чл. 52, регулише херeditарну узупацију. Савесном наследнику омогућује да у 10. годишњем року (дакле у року редовног вантабуларног одржаја) стекне својину иако је оставилац био незаконит држалац. До сада у нас то није био могуће, нити се литература за то залагала *de lege ferenda*. Прихватан је, наиме, правнодогматски разлог да наследник улази у комплетну правну позицију оставиоца, па да према томе наставља и његову незакониту државину. Међутим, ситуација наследника незаконитог оставиоца (оставиоца невластника) битно је слична ситуацији држаоца који непокретност држи по пуноважном правном послу а својину није стекао већ на основу њега само зато што суконтрагент није био власник. Због битне сличности обе ситуације, треба омогућити наследнику незаконитог оставиоца да одржајем стекне својину под истим условима (дужина рока) под којима се она стиче редовним вантабуларним одржајем. Оправдано је дакле што то Нацрт чини, макар по цену модификовања појма законити држалац (сходно Нацрту, наследник је законит држалац по сили закона, ако је савестан, док другачије у чл. 204, ст. 2).

7. Нацрт у чл. 51, ст. 1. оживљава прави, чист табуларни одржај (који је у Аустрији био укинут III новелом, а у нас, како се тумачило, Законом о земљишним књигама из 1930): Савесни табуларни држалац (укњижени невластник) стиче својину већ после годину дана од укњижбе. Тако кратак рок сматрам да није у складу с нашим правним животом. Чак ни земље са знатно организованијим земљишним књигама и битно већим степеном подударности земљишнокњижног и фактичког стања, немају тако кратак рок. А у нас, и тамо где постоје земљишне књиге, не постоји у народу дисциплина да контролише уписе нити свест о потреби да земљишнокњижно стање држи ажурним. С обзиром на то, уместо жељеног ефекта — повећање поверења у земљишне књиге, пре би се могло очекивати да несавесна лица искористе то одсуство навике (коју, јасно, неће моћи да преко ноћи створи један рок).

Ако се сматра да је оправдано да потпунију заштиту ужива теретно стицање, тада се примена тог принципа не може ограничити само на вантабуларни одржај, како то Нацрт чини, него би и овде код правог табуларног одржаја ваљало провести такву разлику. Табуларном држаоцу који се укњижио на основу добродиног правног посла, морало би бити потребно дуже време за одржај него теретном табуларном држаоцу.

(4) Негаторна тужба — чл. 65, и други видови заштите својине

Начин како је формулисана одредба о негаторној тужби много дугује немачком ГЗ. Решење немачког ГЗ значило је, нема сумње, напредак у односу на француски и аустријски ГЗ. Али је у међувремену развој негаторне заштите отишао даље и од решења немачког ГЗ: Формирана је уз негаторну и квази-негаторна тужба. То је чисто превентивна тужба. Њоме власник тражи да суд туженом забрани да изврши радњу ако је вероватно да ће је тужени предузети а могла би омести тужноца у вршењу права својине. Одредба Нацрта не пружа власнику ту могућност. Ставља му се на располагање једино негаторну тужбу и тиме једино могућност да се заштити тек када тужени радњу већ преузме („ако је сопственик узнемираван“). Мада би се у аналогiji с негаторном тужбом, тумачењем дало извести и квази-негаторну, знајући искуства из упоредног права (Немци су дуго плаћали данак формулацији свог ГЗ, а у Аустрији и Француској, то још увек чине), ваљало би да Нацрт и изричито предвиди да власник може тражити заштиту не само од поновљеног ометања, него и када ометање тек предстоји.

Што се тиче дела одредбе који описује захтев негаторне тужбе, ни он не задовољава. Када се каже, како то у Нацрту стоји, да власник може тужбом захтевати да „узнемиравање престане“, онда је тиме обухваћено тек уклањање стања изазваног извршеном радњом (јер престати може само нешто што већ постоји, што је започето), а није тиме обухваћена и могућност да се од суда тражи да туженом забрани понављање таквог или сличног узнемиравања убудуће, а што се иначе негаторном тужбом такође може захтевати.

Део Нацрта који од чл. 60, до чл. 65. регулише заштиту својине ваљало би употпунити још једним чланом, који би регулисао тужбу за утврђивање. Има ситуација када та тужба представља једини могући вид заштите својине: ако повреда својине постоји, а нису испуњене претпоставке за употребу тужби за осуду на чинидбу, тужба за утврђивање може да оствари функције које иначе врше те тужбе.

(5) Стицање стварних службености — чл. 93, ст. 3.

Укњижба не би морала бити начин стицања видљивих (јавних) стварних службености, како то међутим Нацрт предвиђа. Те су службености такве, да је њихово вршење (успостављањем одређеног стања), довољно средство за публикавање права, па чак и потпуније него упис у земљишну књигу.

(6) Дејство према трећима права службености стеченог одржајем — чл. 97.

За службеност стечену одржајем предвиђено је да према трећем делује тек од укњижбе. Такву одредбу ваља предвидети и код својине стечене одржајем, с обзиром да она паготово тамо налази своју примену.

(7) *Стицање плодоуживања путем одржаја — чл. 116
(алтернатива)*

Нема никаквог разлога да се и плодоуживање не стиче одржајем. Зато треба брисати алтернативу члана 116, која искључује ту могућност.

(8) *Државина — чл. 196. итд.*

1. Пошто Нацрт усваја германски концепт државине, на почетку главе која регулише државину требало би прво разграничити шта је државина а шта притежање. То зато што је по германском концепту у првом плану фактичка власт, а њу има и држалац и притежалац. Требало би, осим тога, држаоца дефинисати као лице које фактичку власт на непокретности врши у сопственом интересу. По томе се држалац (био он својински, био употребни, био он непосредан, био посредан) и разликује од притежаоца, који фактичку власт врши у туђем интересу и притом је потчињен лицу у чијем интересу фактичку власт врши. Тек пошто се разграниче појмови држалац и притежалац, требало би да уследи излагање појединих врста државине (а не да, као што Нацрт чини, глава о државини започне излагањем врста државине).

2. Чланом 201, ст. 1. хтело се истаћи да се државина може стећи било деривативно (што је углавном коректно и изражено) било оригинално, а што би требало да изражава термин „самовласно“. У чл. 206. за манљивог држаоца употребљен је израз „самовласни“. Зато се стиче утисак као да оригиналан држалац јесте само манљиви држалац, а што није тачно. Предлажем да се у чл. 201. уместо о самовласном стицању, говори о самосталном или једностраном стицању државине. Предлажем такође да се из чл. 206. брише израз „самовласна“ и да се употреби одомаћени израз „манљива“.

3. Члан 204, ст. 1. одређује да је државина законита „ако се заснива на пуноважном правном основу“. По томе би закупца, чувар и њима слични били законити држаоци, мада непокретност држе по правном основу неподесном за стицање својине и других стварних права. Како је код одржаја и код публицијанске тужбе значајно да ли је држалац законит, овако дефинисан појам законитог држаоца могао би изазвати заблуду у погледу претпоставки за стицање својине одржајем и за успех у публицијанском спору. Не треба да смета што закупца, чувара и њима сличне, мада непокретност држе по пуноважном правном послу, означавамо као незаконите држаоце. Та ознака је чист технички термин, а није морална квалификација, прекор. Ако се жели избећи лош призвук и негативна морална асоцијација, везана уз тај термин „незаконит“, ваљало би употребити неки вредносно неутралан термин. Друга је могућност да се уопште не даје генерална дефиниција законитог држаоца, већ да се у Нацрту код института где је значајно да ли је држалац законит (одржај, публицијанска тужба) описно одреди какве то квалитете држалац мора имати (да мора бити државина заснована на правном

основу подесном за стицање својине одн. другог стварног права).

4. За разлику од чл. 204, ст. 1. који законитост државине дефинише са претензијом да обухвати све случајеве када је држалац законит, чл. 205, ст. 1. дефинише савесног држаоца а да притом не обухвата све држаоце који су савесни. Односи се само на оног држаоца који нема право, а у заблуди је да га има. Савестан је међутим и држалац који има право и с основом верује да га има. Према томе, у Нацрту постоји концепцијска неусклађеност. Потребно је, стога, или оба појма (и законитост и савесност) дефинисати тако да обухвате читаву врсту на коју се односе, исцрпљујући је, или их дефинисати (као што се хтело дефинисати у чл. 205, ст. 1. савесност) — функционално, тј. имајући у виду само оне ситуације где је значајно да ли је држалац савестан или несавестан, одн. законит или незаконит. Дефинишући савесног држаоца с претензијом да дефиниција буде функционална, Нацрт ипак није имао у виду једну ситуацију у којој је савесност значајна а за коју не одговара дефиниција савесности дата у Нацрту: публицијанском тужбом може се служити и власник, дакле лице које има право и зна да га има, а не само лице које нема право а верује да га има.

5. Чл. 207, ст. 1. уводи пресумцију да је држалац непокретности ималац оног права чију садржину врши, и тиме терет доказа и ризик недоказаности да није тако преваљује на лице које није држалац. Та је пресумција неспојива са системом земљишних књига: за табуларног држаоца, а не за фактичког, пресумира се да је ималац права. Зато би домен примене уведене пресумције био везан за укњижене непокретности (а код укњижених, важила би евентуално за непокретности чији је укњижени власник непознат или нестао). Али је велико питање да ли и на том домену ваља придати такво дејство једном тако несавршеном средству публикавања права какво је државина, која не даје ни из далека довољне гаранције да је држалац доиста титулар.

Владимир В. Водинелић