

ОДРЖАЈ

разматрања поводом Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима

Нацрт (радна верзија од 14. 09. 1978.) уводи у материју одржаја само једну потпуну новину. Но, установа одржаја је таква да се може дискутовати не само о тој новини, него готово и о свакој другој одредби Нацрта. Радом ћу међутим обухватити само најважнија питања која могу бити спорна.

І. ОПШТА ПИТАЊА

(а) Домен примене и врсте одржаја

1. Одржајем се може стећи својина (чл. 49), стварна (чл. 96) и лична службеност (чл. 117, алтернатива искључује последњу). Мада Нацрт не регулише стицање одржајем тих права на покретностима, биће речи и о томе.

2. Предвиђене су следеће врсте одржаја права својине, са следећим претпоставкама:

А) Земљишнокњижни одржај:
(чл. 50)

Б) Тапијски одржај:
(чл. 51)

1) краћи

2) дужи

Ц) Ванкњижни одржај:

а) редован
(чл. 49. ст. 1)

1. зк претходник, 2. зк државина, која је 3. савесна и 4. траје годину дана

1. тапија, 2. фактичка државина, која је 3. савесна и 4. законита и 5. траје три године, ако је непокретност прибављена теретним правним послом, а пет година, ако је прибављена добротиним

1. фактичка државина, која је 2. савесна и 3. законита и која 4. траје

- | | |
|--------------------------------|--|
| 1) краћи | десет година, ако је непокретност прибављена теретним правним послом, а петнаест година, ако је прибављена добротиним |
| 2) дужи | |
| 3) наследнички
(чл. 52) | 1. да је узупапијент наследник, чиме је држалац по сили закона,
2. да је савестан, чиме је 3. законит држалац по сили закона, и
4. десет година од смрти оставиоца |
| б) ванредан
(чл. 49. ст. 2) | 1. фактичка државина, која је
2. савесна и 3. траје двадесет година |

Одредбе о стицању својине одржајем сходно се примењују на стицање стварне (чл. 96. ст. 1) и личне службености (чл. 117, 137, 139). За стварну службеност још се посебно предвиђа (чл. 96. ст. 2) да се стиче одржајем ако 1. власник повласног добра службеност врши (државина службености) 2. јавно и 3. без противљења власника послужног добра 4. кроз двадесет година.

Тапијским одржајем не могу се стицати друга права до право својине. Земљишнокњижним и тапијским одржајем не могу се стећи права на покретностима. Ни једном врстом одржаја не може се стећи својина на непокретности која је у друштвеној својини (одржајем се стиче својина на „непокретности на којој други има право својине“, чл. 49 и други).

3. Све врсте одржаја, изузев ванредног ванкњижног одржаја, представљају алтернативан (или боље, супсидијеран) вид стицања: омогућују стицање ако право није стечено одређеним видом којим се иначе може стећи (правним послом, наслеђивањем). Са ванредним ванкњижним одржајем ствари стоје другачије: он је или алтернативан (супсидијеран) вид стицања или је једини, искључиви, самосталан вид стицања. Једини је онда када узупапијенту омогућује да стекне право мада га он не би могао стећи оним видом којим је прибавио државину непокретности, јер тај вид није иначе предвиђен као вид стицања права (нпр. због погрешног премеара, држи и део туђе непокретности; у забуну узме туђу покретност сличну његовој).

Једино ванредан ванкњижни одржај санира сваки недостатак због кога није стечено право (уколико постојање тог недостатка не искључује савесност држаоца). Сваки други одржај санира једино онај недостатак због кога није стечено право, који се тиче било правног основа (правни основ није пуноважан, не постоји) било својине (онај ко је пренео својину или установио службеност није власник).

(б) Функције одржаја

Одржај служи томе да онога ко није титулар учини титуларом права, (невласника власником и сл.). То му је првенствена и општа функција

(„Држалац непокретности на којој други има право својине, стиче право својине на тој непокретности...”, чл. 49 и д.). Сва остала објашњења о томе шта му је првенствена и општа функција (да олакша доказивање права — одржај као алтернатива за *probatio diabolica*; да олакша делатност суда — одржај искључује тегобно расправљање о околностима које су далеко у прошлости; да губитком права казни немарног титулара — одржај као *roepa negligentia*; да подстакне титулара да врши право, стављајући му у изглед губитак права; да надопуни заштиту савесног стцаоца — одржај као гарант сигурности правног промета, и др.), која се никада нису могла довољно ослонити ни на друга законодавства, не налазе подршку ни у тексту Нацрта. То могу бити његове споредне (рефлексне) и посебне функције (јер их врше само неке врсте одржаја).

(в) *Оправданост одржаја*

1. Није потребно оправдати то што одржај помаже ономе ко право доиста има да лакше докаже да га има. Тиме се поспешује заштита од неоснованих, од шиканозних или од претензија за чије постојање титулар није знао, па зато, или из других разлога (непућености и сл.) није обезбедио доказе о праву.

2. Но могућност да се позове на одржај оправдана је и када остаје сумња да ли је држалац титулар или је титулар друга страна. Вероватније је, наиме, да претендирани титулар и нема право, ако га толико дуго није вршио а узупапијент, ако га је толико дуго вршио без његовог противљења, да га је и имао од почетка.

3. Док ту функцију одржаја (да олакша доказивања права) и не треба посебно оправдавати, потребно је оправдати одржај с обзиром на његову општу и остале посебне функције које врши. Може ли се, и како, оправдати то да онај ко није титулар права постаје титулар (невласник, власник и сл.) а да титулар то престаје бити — зависи од тога у којим ситуацијама и под којим претпоставкама се то догађа. Зато свака врста одржаја (будући да има самосвојне претпоставке) може имати другачије оправдање. Земљишнокњижни одржај оправдава се потребом да се заштити поуздање у земљишну књигу и да се земљишној књизи прибави тачност. Сходно важи за тапијски одржај. Ванкњижни одржај може се оправдати сплетом разлога: а) Ако се титулар дуже време понаша као да то није, а узупапијент као титулар и нескривљено верује да то јесте, оправдано је да постане титулар 1. будући да је дуже време обављао делатност на непокретности, део своје егзистенције заснива на тој делатности, сачивео се с тим стањем, прожео га („импрегнирао“) својим радом, 2. будући да су и други, ослонивши се на такво стање, своје односе и односе с узупапијентом градили полазећи од тога да је узупапијент титулар, и 3. будући да је у погледу бар неких непокретности ангажован и интерес заједнице да не остану неискоришћене, а који је угрожен уколико би титулар узупапијента могао истиснути с непокретности. б) Иако у правилу не постоји неки посебан интерес заједнице да титулари врше своја права, постоји интерес да њихову заштиту остварују

што пре, док је спор могуће једноставније решити (за краће време, с мање ризика да се погреши, уз мање издатака), па титулар који је пропустио да толико дуго штити своје право мора прихватити и ризик да га изгуби.

Без обзира што постоје разлози који оправдавају одржај, неопходан услов да би се могло оправдати било коју врсту одржаја јесте то да прописи титулару пруже довољно могућности да прекидајући ток рока спречи губитак права.

(2) *Значај одржаја*

1. Према Нацрту, земљишна одн. тапијска књига не умањује битно значај одржаја као вида стицања права на непокретностима. Нацрт наиме предвиђа како одржај који је подређен земљишној одн. тапијској књизи — земљишно-књижни одн. тапијски одржај, тако и онај који иде против ње — ванкњижни одржај. (Док први земљишној одн. тапијској књизи прибавља тачност, јер онај ко је уписан као титулар то и постаје, други јој је одузима, јер уместо оног ко је уписан као титулар, узупапијент то постаје.) Ако се приклонимо мишљењу већине да је земљишно-књижни одржај био укинут Законом о земљишним књигама из 1930., Нацрт дакле чак и проширује значај одржаја јер, оживљавајући земљишно-књижни одржај, уводи још једну његову врсту. Такође, ако делимо схватање мањине да, *de lege lata*, иако је савестан, не може сваки незаконит држалац стећи право ванредним (апсолутним) ванкњижним одржајем, Нацрт још увећава значај одржаја јер, тражећи једино савесност за ванредан одржај, чини га примењивијим. Надаље, конструкцијом наследничког одржаја, који иначе не постоји *de lege lata*, олакшава да одржајем стекне право наследник оног оставиоца који је био незаконит и несавестан држалац. Коначно, олакшава употребу одржаја још и тиме што, у односу на важеће право, скраћује рокове свих изузев ванредног ванкњижног одржаја.

Како земљишна одн. тапијска књига постоји тек на мањем подручју СР Србије, а и ту се у правилу не одликује ажурношћу, и земљишно-књижни одн. тапијски и ванкњижни одржај имају практични значај, мада не и једнаке изгледе за учесталост примене. Од свих врста одржаја, најмањи је значај тапијског, како због изразито малог броја издатих тапија, тако и перспективно, због замене тапијског земљишно-књижним системом.

2. Установа стицања од невластника, која (ако се изузме стицање поуздањем у тачност земљишне књиге) код непокретности има мали значај (стицање на јавној дражби), код покретности ширином своје примене знатно умањује потребу за одржајем.

II. СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ

(a) Земљишнокњижни (табуларни, *secundum tabulas*) одржај

1. Савесно лице које је укњижено као власник (зк држалац) стиче својину истеком једне године од дана укњижбе и онда његов зк претходник, од кога је требало да стекне право, није био власник (чл. 50). Зк одржај претпоставља дакле: зк претходника, зк државину, која је савесна и траје једну годину. Фактичка државина се не тражи. Индиферентно је такође да ли је зк државина законита, заснована на ваљаном правном основу, или није. Свеједно је да ли је зк држалац сингуларни или универзални сукцесор зк претходника.

Зк одржај треба да претпоставља да је укњижба формално ваљана. Није могућ ако је непокретност укњижена код ненадлежног зк суда, или је укњижена у два зк улошка (двоструко књижење).

Када је зк држалац законит, зк одржај санира недостатак у погледу својине зк претходника; када је незаконит, санира недостатак у погледу правног основа. Зк одржај омогућује дакле савесном зк држаоцу да накнадно постане власник када то није постао укњижбом, било зато што ни његов зк претходник није то био, било зато што нема ваљан правни основ, било из оба разлога.

Узакони ли се Нацрт, зк одржај ће у пракси пре свега бити примењиван у својој основној функцији: да укњиженог невластника учини власником. На одредбе о зк одржају реће ће се позивати онај ко доиста јесте власник да би доказао своје право (функција одржаја да олакша доказ права), будући да њега ионако штити пресумција која важи за сваког зк држаоца — да има укњижено право, па је терет доказа о супротном и ризик недоказаности на другоме. Зк одржајем може се користити и онај ко јесте власник, али није самосталан власник, како је међутим укњижен, него учествује у некој власничкој заједници — сувласник је; одржајем ће постати самосталан власник. То је могуће унети у текст Нацрта али није неопходно јер се да извести тумачењем: ако зк одржајем може стећи онај ко уопште нема право, а *fortiori*, поготово може онај ко га има, иако не сам.

3. Но *de lege lata* савесном држаоцу пружају заштиту и правна правила зк права која регулишу дејство принципа поуздања у тачност зк: Могућност да се тужбом за брисање напада укњижба зк држаоца који је савестан и законит, укњижен на основу ваљаног правног посла (сингуларни сукцесор зк претходника који није власник) престаје у сваком случају ако су истекле три године од укњижбе зк претходника, а престаје и раније, истеком шездесет дана по протеку рока за жалбу, ако је овлашћени за брисање уредно обавештен о укњижби зк претходника (§§ 71. и 70. Закона о земљишним књигама из 1930.). Савесни универзални сукцесор зк претходника који није власник ужива такву заштиту тек по истеку застарног рока за побијање због недостатка који је по среди. Истек наведених рокова за брисовну тужбу може да санира једино недостатак својине на страни зк претходника, не и незаконитост зк држаоца.

Према томе, зк одржај би још проширио поузданије у тачност зк, јер би јој прибавио тачност и када је зк држалац незаконит; санирао би, уз недостатак својине зк претходника, и незаконитост зк држаоца. У ствари, зк одржај још и више проширио поузданије у тачност зк уколико усвојимо став да истек рокова за брисовну тужбу не санира у потпуности недостатак својине на страни зк претходника.

4. Могућа су најме два става о томе какво је дејство истека рокова за брисовну тужбу. По једноме, истеком рокова само престаје право власника на брисовну тужбу, а да савесни зк држалац тиме још не стиче укњижено право. По другом ставу, који је владајући, истеком рокова зк држалац стиче укњижено право а власник га губи (прећутањем, тиме што га није бранио у датом року). Усвојимо ли први став, зк одржај је потребан да би зк држалац постао потпуни власник, јер истеком рокова за брисовну тужбу он је само заштитићен спрам правог власника а тек би зк одржајем стекао својину. Али ако пре истекне рок зк одржаја, а још не истекне рок за брисовну тужбу, зк држалац постаје власник према свима изузев према правом власнику, чијој је брисовној тужби још увек изложен. Усвојимо ли пак други став, савесном зк држаоцу потребан је зк одржај само ако нису још истекли рокови за брисовну тужбу, јер ако јесу, постао је власник. И обрнуто, потребан му је истек рокова за брисовну тужбу ако још није истекао рок зк одржаја. Дакле, зк држалац стиче зк одржајем својину мада још нису истекли рокови брисовне тужбе, одн. стиче је истеком тих рокова мада још није истекао рок зк одржаја. Први став је неприхватив правнодогматски, због категорије непотпуне својине, други, због тога што је прави власник оштећен јер му се скраћује рок за брисовну тужбу. Укратко, решење није задовољавајуће било да оджај конкурише са роковима за брисовну тужбу схваћеним тако да се њиховим истеком не стиче својина, било да конкурише са роковима за брисовну тужбу када се њихов истек схвати као вид стицања својине (прећутање). Зато, ако би обе установе паралелно постојале, у случајевима примене који су заједнички обема установама (дакле када је укњижен савестан зк држалац који је било синг. било унив. сукцесор зк претходника који није власник), требало би да рок зк одржаја и рок брисовне тужбе истовремено истичу. Право на брисовну тужбу престајало би зк одржајем. Ваљало би да Нацрт садржи такву одредбу.

5. Што се тиче дужине рока одржаја, у Нацрту је код тапијског и редовног ванкњижног одржаја дошла до израза потпуно нова идеја да власника ваља заштитити потпуније од губитка својине ако је узупапијент непокретност прибавио добротним правним послом, него ако ју је је прибавио теретним. Последњем је за одржај потребно краће време него првome. Ако законодавац остане при тој идеји, требало би да је примени и на зк одржај, да проише дужи рок одржаја за зк држаоца који се укњижио на основу ваљаног добротним правног посла (бестеретно је прибавио закониту зк државину), него за онога ко се укњижио на основу ваљаног теретног правног посла (теретно је прибавио закониту зк државину). И један и други рок били би краћи од рока којег би требало посебно предвидети за зк одржај када је зк држалац незаконит. Различиту дужину рока за законитог и за незаконитог зк држаоца ваља у сваком

случају увести, без обзира да ли се предвиди таква разлика у погледу теретног и бестеретног стицања зк државине. Јер, док незаконитост зк државине, за разлику од законитости, представља управно недостатак због којег укњижбом није стечена својина, докле, напротив, бестеретност стицања није никаква препрека стицању својине — ако је правни посао ваљан, својина се стиче без обзира да ли је теретан или добротин.

6. Узупапијент према Нацрту стиче својину годину дана по укњижби. Требало би предвидети дужи рок (одн. рокове, сходно изнетом под 5), с обзиром да је стање наших зк несређено а правна свест недовољно развијена (одсуство навике старања о зк стању), и да савесност као једина претпоставка за зк одржај (поготово зато што се пресумира да постоји) неће бити ефикасна препрека томе да се и несавесни зк држаоци користе одржајем.

7. Да би својину стекао зк одржајем, узупапијент мора бити савестан зк држалац. Савестан је ако не зна нити мора знати за околност која је спречила да стичући зк државину стекне и својину (да зк претходник није власник, да он сам или његов зк претходник није самосталан власник већ сувласник, да правни основ не постоји или није ваљан).

8. Зк одржајем стиче се онакво право својине какво је укњижено. Учинак зк одржаја је такав као да је право својине ваљано укњижено од почетка. Поновна укњижба није потребна, јер је сама укњижба формално била ваљана. Стварна права која су била укњижена као терети на праву својине пре почетка рока зк одржаја остају и даље, а права укњижена у току рока пуноважно су стечена.

9. Према Нацрту, зк одржајем може се стећи својина једино на земљишту. Требало би да може уопште на непокретностима које се књиже.

(б) Тапијски одржај (одржај са тапијом)

1. Савестан и законит држалац непокретности за коју је издата тапија, стиче својину истеком три године ако је непокретност прибавио теретним правним послом, а пет година, ако је прибавио добротиним (чл. 51). За тапијски одржај услови су дакле следећи: фактичка државина, која је савесна и законита, тапија и рок.

2. То што се за тапијски (за разлику од земљишнокњижног одржаја) уз тапију захтева и фактичка државина, објашњиво је и оправдано тиме што тапијски систем пружа мање гаранција него земљишнокњижни, да је лице на које тапија гласи доиста титулар. (Судови уз то, супротно правном правилу § 19. Закона о издавању тапија, оверавају уговор о преносу својине, мада преносилац није претходно прибавио тапију на своје име).

Мада то Нацрт не казује, разуме се да фактичка државина мора бити својинска, а треба сматрати и да се својински карактер државине не пресумира.

Тапија мора бити издата формално ваљано, што се не види из Нацрта. Мада ни то није презицирано у тексту, да би узупапијент стекао својину овим одржајем, потребно је да тапија буде издата на његово

име. Ако је за непокретност издата тапија, али не на име узупапијента, макар и на име његовог сингуларног претходника, узупапијент не би стицао својину тапијским одржајем, већ ванкњижним.

Строжији би био захтев да је тапија не само издата на име узупапијента, него да му је и предата, што значи да је претходно гласила на име претходника од кога је узупапијент прибавио непокретност. Такав услов не треба постављати, јер би он унео неоправдане разлике међу узупапијенте који имају тапије издате на њихово име (разлике које потичу и од праксе судова, како је наведено).

Нацртом није решено ни питање какво ће бити дејство тапијског одржаја у случају да се садржај права из тапије и садржај фактичке државине не подударају (нпр. тапија гласи на сувласника, а узупапијент се понаша као самосталан власник). Мередавно треба да је право уписано у тапију (док би својину сходно фактичкој државини узупапијент морао стећи ванкњижним одржајем).

3. С обзиром да по Нацрту државина мора бити законита, тапијски одржај санира дакле једино недостатак својине код узупапијентовог претходника. Тапијским одржајем стиче својину само онај држалац који је непокретност прибавио ваљаним правним послом, а прибављајући тапију на своје име ипак није постао власник јер ни његов претходник то није био. Требало би да тапијским одржајем (али у дужем року) може да стекне својину и држалац који је, додуше, незаконит, али је прибавио тапију (а не да, како је по Нацрту, својину стиче када и незаконит држалац без тапије — ванкњижним одржајем).

Тапијским одржајем својину стиче једино сингуларни сукцесор (онај који је непокретност прибавио правним послом). Није јасно зашто и универзални сукцесор претходника који није био власник не би могао стицати својину тапијским одржајем, када може земљишнокњижним, и када се тапије издају и на основу наслеђивања, а не само на основу правног посла. (Законитост државине, која је услов за тап. одржај, није прека томе, јер је по Нацрту и наследник, ако је савестан, законит држалац по сили закона, чл. 52.).

Будући да се и за титулара из тапије пресумира да је дониста титулар, и тапијски одржај мање је значајан у функцији да стварном власнику олакша доказа о постојању својине, него у функцији да невластника учини власником.

4. Узупапијент је савестан ако не зна и не мора знати да његов претходник није био власник. То је једина околност о којој се уважава заблуда.

5. Из Нацрта није јасно на шта се односе прописани рокови и када почињу да теку и истичу. Ваљало би прецизирати да узупапијент мора имати у прописаном времену и тапију издату на своје име и државину непокретности. Ако се прибављање тапије и прибављање државине не поклапају временски, одржај ће се довршити тек када протекне прописано време и од прибављања тапије и од прибављања државине, и то у оном часу у коме истиче последње од та два времена.

(в) *Ванкњижни (вантабуларни, натурални, extra, praeter и contra tabulas) одржај*

1. Нацрт предвиђа два ванкњижна одржаја. — Редован, којим ће својину стећи савестан и законити држалац после десет година, ако државину непокретности заснива на теретном правном послу (краћи редован ванкњижни одржај, чл. 49. ст. 1.), одн. ако је савестан наследник (наследнички одржај чл. 52.), или после петнаест година, ако државину заснива на доброчином правном послу (дужи редован ванкњижни одржај). — Ванредан (апсолутни) одржај, којим савестан држалац постаје власник истом двадесет година (чл. 49. ст. 2.).

2. Сваки тај одржај може бити било контратабуларни било екстратабуларни (бланко) одржај. Контратабуларан: мада је власник непокретности укњижен у земљишну књигу одн. има тапију уписану у тапијску књигу, узупапијент ће постати власник. Екстратабуларан: ако непокретност није обухваћена земљишном књигом одн. за њу није издата тапија (било да земљишна одн. тапијска књига постоји било да не постоји, није устројена или је уништена), или ако је обухваћена а власник није уписан, није познат, не може се идентификовати или не постоји.

Пошто дакле укњижени власник може изгубити својину једнако као и неукњижени, могуће је питати: зар укњиженог одн. тапијског власника не би требало потпуније штитити, предвиђајући за контратабуларни одржај дужи рок него за екстратабуларни. С обзиром на ситуацију с нашим земљишним и тапијским књигама, било би неоправдано да неки власници буду изложени већем ризику да изгубе својину, а само зато што се њихова непокретност налази на подручју где земљишна књига није устројена и сл. Разлика би се могла учинити само између власника који су укњижени и оних који нису захтевали укњижбу, штитећи потпуније прве (што би био посредан притисак на власнике да се књиже).

3. Како се за фактичког држаоца (наспрот земљишнокњижном и тапијском) не пресумира да је власник, на ванкњижни одржај чешће ће се позивати прави власник да би лакше доказао своје право (чешће него што прави власник има потребе да се у ту сврху позива на земљишнокњижни или тапијски одржај).

4. Док редован ванкњижни одржај омогућује накнадно стицање својине када је узупапијент није стекао већ на основу пуноважног правног посла (краћи и дужи редован одржај) одн. на основу пуноважног наслеђивања (наследнички одржај) јер ни претходник није био власник, дотле ванредан ванкњижни одржај омогућује стицање својине и у случају да је правни посао одн. наслеђивање неважеће или да не постоји било какав па чак ни неважећи основ за државину.

Савестан и законит држалац редовним ће одржајем стећи својину после десет одн. петнаест година, док ће ономе ко је само савестан бити за то и ванредан одржај потребно двадесет година. Оправдано је што ће држалац који је само савестан (а не и законит) касније постати власник. Он, наиме, за разлику од законитог држаоца, или нема било какав основ за своју државину, или има непуноважан или неподесан за стицање својине.

Али, с обзиром да по Нацрту онај ко се позива на ванредан одржај треба да докаже једино двадесетогодишњу државину, а да се савесност државине пресумира, постоји опасност да се тим одржајем служе и несавесни држаоци, јер после толико времена није увек једноставно доказати околности које искључују савесност. То би се дало спречити уколико би за ванредан одржај захтевали (уз савесност и рок) још и путативни правни основ — да је потребан правни основ, мада је довољан путативни, да је потребан правни основ, макар јеневажећи. Ванредним би одржајем стицао дакле једино онај ко се може позвати на неки предвиђени вид стицања (путативни наследник, путативни сингуларни сукцесор и сл.). Ванредан одржај санирао би једино недостатак основа. Њиме би стицао својину само онај ко је непокретност прибавио непуневажним правним основом, подесним иначе за стицање својине, дакле само онај ко својину није стекао јер му је основ непуневажан. Том би решењу ваљало прибећи ако се нађе да је важније да се онемогуће несавесни држаоци да постану власници, него да се омогући да постану власници и они савесни држаоци које држе без икаквог основа. Решење Нацрта омогућује наиме да се својина стекне ванредним одржајем и када не постоји било какав основ, чак ни неважећи, путативан (нпр. узупапијент држи неку туђу непокретност, у заблуди да је то она непокретност за коју има правни основ, уп. и I, а, 3). Другачије речено, питање је да ли да ванредан одржај буде и самосталан вид стицања права (како је по Нацрту) или да буде (као што су и друге врсте одржаја) само алтернативан (супсидијаран) вид стицања када се изјавило стицање права неким другим иначе предвиђеним видом стицања.

5. Треба подржати то што према Нацрту савесни наследник (оног оставиоца који је био незаконит држалац) није изједначен са незаконитим држаоцем и упућен на ванредан одржај, него, чим је савестан уједно је законит по сили закона (државина законита *ex lege*) и стиче својину када и држалац који држи по правном послу (наследнички одржај, *usucapio pro herede*, чл. 52). Положај наследника, универзалног сукцесора чији претходник није био власник, битно је сличан положају поклонопримца, купца и др. сингуларног сукцесора чији претходник није био власник. И један и други немају недостатак у правном основу (имају пуневажан основ), већ је недостатак на страни њихових претходника. (Да би се могао позивати на наследнички одржај, узупапијент мора доиста бити наследник. Путативни наследник, будући да је незаконит држалац, упућен је на ванредан ванкњижни одржај.)

Само, док наследника Нацрт изједначава у погледу рока са оним ко је државину прибавио теретним правним послом (чл. 49 ст. 1), требало би га уподобити бестеретном стицаоцу и предвидети исти рок као за дужи редован ванкњижни одржај (чл. 49 ст. 1).

Може се оспорити то што Нацрт за наследнички одржај не захтева и фактичку државину, већ прихвата став, који важи у материји државине, да наследник постаје држалац по сили закона часом оставиоаче смрти. Такав став је умесан у материји државине — наследнику ваља обезбедити државинску заштиту и онда када још није приспео да узме ствар у фактичку власт. Међутим нема потребе (а што је могуће у солу-

цији Нацрта) да одржајем постане власник онај наследник који није ни сазнао да је наследник, који није никада вршио фактичку власт на непокретности а неко други је то чинио, јер тада и нема било каквог раскорака између правног и фактичког стања (наследник нити је наследио ту непокретност, нити се икада понашао као власник, наследник). Требало би дакле да је за наследнички одржај услов фактичка државина. (Да је својинска, не пресумира се.) Тада не би били принуђени да модификујемо појам савесног држаоца а ни правило о почетку рока, што се међутим у солуцији коју Нацрт усваја мора учинити.

Наиме, ако (као по Нацрту) за наследнички одржај није потребна и фактичка државина, савесност има различит садржај већ према томе да ли наследник има фактичку државину ствари или је нема, одн. зна ли или не зна да је наследник. Ако има фактичку власт односно зна да је наследник, савестан је када не зна и не мора знати да оставилац није био власник. Ако пак нема фактичку власт односно не зна да је наследник, савестан је чим не зна да оставилац није власник (а несавестан само ако зна да оставилац није власник). Наиме, ако нема фактичку власт на ствари нити зна да је наследник, од њега се ни не може захтевати било каква пажња у погледу тога ко је власник ствари, па се ни не може рећи да је несавестан јер да је морао знати да ствар није припадала оставиоцу.

Напротив, ако би се захтевало за наследнички одржај и фактичку власт, узупапијент је савестан ако не зна и не мора знати да оставилац није био власник.

У солуцији Нацрта, рок одржаја не може почети ако је узупапијент несавестан у моменту оставиоачеве смрти. Ако би се захтевала и фактичка државина, да би рок одржаја могао започети узупапијент би морао бити савестан у тренутку стицања фактичке државине.

6. Савесност има иначе различито значење код контратабуларног и екстратабуларног одржаја. Код контратабуларног, да би био савестан узупапијент не треба да је у заблуди да је власник; није се укњижио а мора знати да је за стицање права укњижба потребна. Него треба да је у заблуди у погледу разлога због којег не би постао власник све и да се укњижио. Код контратабуларног одржаја, савестан је дакле онај узупапијент који не зна и не мора знати за околност због које не би постао власник и да се укњижио (код редовног одржаја — да претходник није био власник, код ванредног — да основ не постоји или да не важи). Укратко, код контратабуларног одржаја, узупапијент није у заблуди о томе да ли је власник (мора знати да то није), већ о томе због чега није власник. Заблуда може бити и правна.

Значење савесности је различито код редовног и код ванредног одржаја (били они контратабуларни или екстратабуларни). У случају редовног, да би био савестан, узупапијент не сме знати и не мора знати да његов претходник није био власник; у случају ванредног, нескривљено не знање може се односити и на то да правни основ није важећи или да не постоји.

7. Ако се устраје у томе да је за стицање својине правним послом потребан и упис у земљишну књигу (чл. 58), на месту је што Нацрт не

прави разлику између редовног и ванредног одржаја по томе да ли је узупапијент манљив или прави држалац, него оба могу стећи својину у истом року, с обзиром да је тада неважно да ли је до државине узупапијент дошао *vi, clam aut precario*, јер то није ни био разлог због чега није постао власник правним послом.

8. Већ је било речи о томе да ли дужину рокова редовног одржаја одређивати према томе је ли узупапијент државину прибавио теретним или добротиним правним послом (уп. II, а, 5). Та је разлика мотивисана потребом да се теретни стичалац потпуније заштити. Требало би на исти начин употпунити заштиту оног власника покретности, који је против своје воље (преварно, у заблуди, насилно) био лишен државине ствари на којој ће узупапијент одржајем стећи својину. Таквом би власнику требало оставити временски више могућности да прекине ток рока одржаја и тако спречи губитак својине.

9. Ако се (као што то Нацрт чини) пружи могућност да ванредним одржајем стиче својину и онај ко се не може позвати ни на какав правни основ, чак ни на неважећи, путативни (уп. II, ц, 4), било би на месту да такав узупапијент стекне својину касније, дакле у дужем року него онај ко може означити претходника.

10. Уколико би закон регулисао и стицање својине на покретностима одржајем, режим одржаја би могао бити другачији једино у погледу дужине рокова (а не и у погледу других претпоставки, осим евентуално у погледу тога да ли је узупапијент прави или манљив држалац, с обзиром да је стицање праве државине путем традиције услов за стицање својине на покретностима). Међутим, код бројних покретних ствари (компјутери, машине, накит, уметничка дела, музички уређаји и сл.), прописивање знатно краћег рока него за одржај код непокретности не би се могло оправдати позивом на изреку *res mobiles, res vilis*. Но знатно краћи рок код покретних ствари није оправдан ни стога што у имовини већине становништва заступљеније је право својине на покретностима, него на непокретностима, а док је власницима непокретности пружена потпунија заштита својине тиме што постоје јавни регистри, дотле таква заштита не постоји за својину на покретностима, па би је употпунили прописујући дужи рок одржаја (исти или приближан ономе за непокретности).

11. Требало би предвидети да право својине стечено одржајем делује према савесним трећим лицима тек када се укњижи у земљишну књигу.

(д) Стицање својине на стварима у друштвеној својини одржајем

1. Нацрт не предвиђа да се одржајем може стећи својина и на непокретностима у друштвеној својини. Разлози који оправдавају уставну одржај (уп. I, в) подједнако међутим оправдавају и такво стицање.

2. Не би била угрожена потреба да се фонд непокретности у друштвеној својини не смањује — одржајем би се стицало својину само у случајевима када је и иначе могуће стећи је, а била би задовољена потреба да се друштвена својина потпуније штити — дужи би били рокови за такав одржај. Одржај ваља допустити кад год је отуђење непокретности

из друштвене својине и иначе могуће, јер одржај је, у правилу, само алтернативан (супсидијаран) вид стицања ако својина није стечена предвиђеним видом. Како до отуђења из друштвене својине може доћи једино правним послом, одржај би имао за претпоставку да је узупапијент непокретност прибавио правним послом (који мора бити пуноважан, да би својину стекао тапијским и редовним ванкњижним одржајем, а ако је непуноважан, стицао би ванредним ванкњижним одржајем, док би земљишнокњижним могао стећи у оба случаја) и да је правни посао закључио са друштвеним правним лицем.

3. Мање задовољавајуће било би једно друго решење: допустити одржај само онда када је узупапијент непокретност прибавио теретним правним послом, или га допустити када ју је прибавио добротним правним послом али тада узупапијента изложити кондикцијском захтеву за новчану вредност ствари (што је и правнодогматски теже оправдати).

4. Опасност од узурпације, тј. да несавесна лица стекну својину позивајући се на одржај, постоји, како је изнето, само код ванредног ванкњижног (уп. II, в, 4) и земљишнокњижног одржаја (уп. II, а, 6), и то само ако се тако конструишу да је савесност узупапијента (која се пресумира) једина претпоставка. Та се опасност да уклонити уколико се и за те одржаје захтева да постоји бар неважећи правни основ. (Тада одржајем не могу стицати они који нису у стању да означе својепретходнике, чак ни сумњиве, који нису у стању да се позову ни на какав правни основ, чак ни на неважећи.)

III. СТИЦАЊЕ ДРУГИХ СТВАРНИХ ПРАВА ОДРЖАЈЕМ

Што се тиче других стварних права које регулише, према Нацрту се једино службености могу стећи одржајем (чл. 96. 117, 137, 139), у алтернативи само стварне службености (чл. 117, алтернатива). Ни једно ни друго није оправдано. Одржај је потребан за стицање обеју врста службености (изузев за личне службености на непокретностима у друштвеној својини, јер такве и нису могуће), и за стицање залогe (изузев на стварима у друштвеној својини, јер се оне у начелу и не могу дати у залогу).

(а) Стицање службености одржајем

1. Поготово ако се повежу одредбе прве и друге радне верзије Нацрта, није јасно да ли је службеност могуће стећи и земљишнокњижним одржајем или једино ванкњижним. Земљишнокњижни одржај има оправдање, јер и у погледу других стварних права (а не само у погледу својине) постоји потреба за тачношћу земљишне књиге, за заштитом узупапијентовог поуздања у њену тачност. Санирао би, као и код својине, недостатак основа (неваљаност) и одсуство својине (онај ко је службеност конституисао није власник послужног добра). За овај одржај сходно би важило што и за стицање својине земљишнокњижним одржајем.

Када се ради о стицању стварних службености оджајем, често се иначе зазире од злоупотребе, па се та злоупотреба настоји спречити искључујући стицање невидљиве (нејавне) службености одржајем. Код земљишнокрњижног одржаја таква опасност не стоји, јер је укњижба претпоставка, а укњижбом је обезбеђен публицитет било о којој врсти службености да је реч, па би се овим одржајем могло стећи службеност сваке врсте (видљиву, невидљиву, испрекидану, трајну, позитивну, негативну и тд.).

2. Али код ванкрњижног одржаја постоји та опасност да узупапијент одржајем стекне стварну службеност а да власник није ни знао да се узупапијент понашао као да има право службености па није ни имао могућности да прекине ток рока и спречи настанак тог права. Хотећи вероватно да елиминиште ту опасност, Нацрт предвиђа да се ванкрњижним одржајем могу стећи једино видљиве стварне службености (чл. 97. ст. 1). Док је то хтење на месту, начин на који се настоји постићи, није. Жељени циљ би се дао постићи и тако да се одржај услови тиме да власник послужног добра зна или је могао знати за вршење службености, у коме је случају онда свеједно да ли је службеност видљива или не, и у ком се случају омогућује да се и невидљиве (а и све друге врсте' службености стичу одржајем (а што је потребно) а уједно се избегава тешкоћа, која се у пракси јавља, да се одреди је ли дотична службеност видљива или није, па према томе, може ли се стећи одржајем.

3. Уместо решења предвиђеног у Нацрту (чл. 96. ст. 2) требало би да се службености стичу и редовним и ванредним ванкрњижним одржајем, при чему би важило што и за стицање својине одржајем.

4. Тапијски одржај није могућ. Тапије се издају само за право својине. Али је могућ интабулациони одржај.

(б) Стицање заложног права одржајем

1. Не стоји ни један од два аргумената којима се побија могућност стицања заложног права одржајем. Насупрот тврдњи да одржај није могућ јер да не постоји државина, да је заложни поверилац нема јер се заложно право извршава у тренутку, наплатом, — могућа је како земљишнокрњижна тако и фактичка државина заложног права. Насупрот тврдњи да стицање заложног права одржајем није оправдано јер да се, ма како дуго да лице држи ствар, тиме не успоставља било каква веза са потраживањем, — стоји чињеница да та веза у правилу постоји (а свакако онда када заложно право није стечено само због неваљаности правног основа).

Наиме, веза између државине и обезбеђеног потраживања постоји кад год постоји то потраживање и кад год узупапијент има пуноважан основ, а заложно право није стекао само зато што залогодавац није власник, односно онда када постоји основ којим се стиче заложно право, али није пуноважан.

Што се тиче државине, није спорно да је могућа земљишнокрњижна државина заложног права; земљишнокрњижни држалац је онај ко је

уписан као титулар заложног права. Спорна је фактичка државина заложног права. Не толико код залогe покретности, јер је залогопримац фактички држалац заложене ствари и ужива државинску заштиту. Но, и у погледу непокретности постоји фактичка државина, само се састоји у томе да залогодавац признаје узупапијента као залогопримца, прихвата ограничење свога права у његову корист, исплаћује му доспеле оброке обезбеђеног потраживања, отуђујући заложену непокретност другоме, преноси је као да постоји залог на њој, а и стицалац то прихвата, и сл. Тиме је, наиме, успостављена фактичка власт, која се не разликује од фактичке власти какву, у правилу, има посредни држалац, за кога се, међутим, не спори да је држалац. (Да се и не указује на наследника, који је признат за држаоца, а да не мора имати било какву фактичку власт.) У време када се кад год постоји потреба да се задовоље одређени интереси, појам државине ослобађа примања које је ограничава на непосредну фактичку власт, на држање ствари у рукама, оправдано је и путативног залогопримца сматрати држаоцем уколико је то услов да би одржајем стекао заложно право.

Ако се не допусти стицање заложног права одржајем, како оправдати следећу ситуацију: залогодавац није власник заложене ствари, коју је заложно ништавим уговором али је залогопримцу редовно исплаћивао оброке дуга, признавао га за заложног повериоца и сл.; потом (нпр. одржајем) залогодавац постане власник заложене ствари, престане да залогопримцу отплаћује дуг и тужи га за утврђење да не постоји заложно право. Да ли путативног залогопримца оставити без заштите?

2. Постоји потреба да се и у погледу заложног права прибави тачност земљишној књизи, одн. да се заштити поверење узупапијента у тачност земљишне књиге. Земљишнокњижним одржајем стицало би се заложно право било да правни основ трпи од недостатака (непуневажан је), било да се недостатак тиче својине (заложни дужник није власник непокретности коју је заложно мада је укњижен као власник).

Одредбе о стицању својине земљишнокњижним одржајем важе у свему за овај одржај, изузев што би овде постојао само један рок и ако се код стицања својине одржајем начини разлика у погледу рокова између теретног и бестеретног стицања.

Пошто је он пандан тапијском одржају, за интабулациони одржај важи што и за тапијски. Исто је и са ванкњижним одржајем.

IV. ПРИРАЧУНАВАЊЕ ВРЕМЕНА, ПРЕКИД И ЗАСТОЈ РОКА

(а) Прирачунавање времена

1. Време прописано за одржај не мора да започне и истекне код истог лица. Узупапијент може да прирачуна своје, време претходног узупапијента. Код дугачких рокова то је потпуно оправдано: ако би са сваком променом субјекта узупапијента рок одржаја изнова почињао, раскорак између тога што једно лице важи као титулар, а друго је то стварно, протегнуо би се, теоријски, *in infinitum*. Али је могућност прирачунавања

оправдана и код кратких рокова: битно је да раскорак између тога што један важи као титулар, а други то јест траје прописано време, па ако су испуњени сви други услови за одржај, није битно да ли се само једно или неколико лица кроз то време понашало као титулар.

2. Одредба Нацрта о прирачунавању времена (чл. 53. ст. 2) у дво-струком погледу не задовољава. По њој изгледа да се време претходника прирачунава по сили закона („У време потребно за одржај урачунава се и време које су претходници садашњег држаоца држали непокретност...“), а не само на захтев узугапијента (радило би се, дакле, о *successio in usucapionem*, а не о *accessio possessionis, temporis*). С друге стране, по Нацрту прирачунава се само ако су претходници били савесни и законити држаоци, док, међутим, постоји потреба да се прирачунава и време претходника који су само савесни.

3. Време савесних претходника може се прирачунати само за ванредан одржај. Требало би да време савесних и законитих претходника садашњи узугапијент може да прирачуна било за редован, било за ванредан одржај, већ према томе да ли је он сам само савестан или је и законит. Време савесних и законитих претходника садашњи исти такав узугапијент могао би да прирачуна за редован одржај.

4. Прирачунавање се не може вршити код личних и неправилних службености (без обзира што каснији узугапијенти та права врше на истој ствари и што су она у свему једнаког садржаја као и код ранијих узугапијената), јер су та права непреносива, строго везана уз одређену личност.

(б) Прекид рока

1. Није могуће сложити се са одредбом из чл. 54. да се у погледу прекида и застоја времена потребног за одржај примењују одредбе о застарелости потраживања (дакле, чл. 381 — 393. ЗОО). Неке одредбе о прекиду и застоју застаривања нису уопште примењиве на одржај. С друге стране, разлози који прекидају застаривање таксативно су наведени, а како постоје разлози који прекидају одржај, а не прекидају застару, нису ни регулисани прописима о прекиду застаривања. Зато би била гачнија, али још увек недовољно информативна одредба да се прописи о прекиду и застоју застаривања „сходно“ примењују на одржај. Остаје да нека каснија верзија Нацрта исцрпно регулише разлоге прекида и застоја рока, или да то учини бар за прекид, а да за застој упути на сходну примену прописа о застаривању.

2. Аналогно прекиду застаривања, ток рока одржаја се прекида:

— када узугапијент стварном титулару призна да није титулар, да нема право чију садржину врши;

— уколико тужилац успе у спору, ток рока се прекида подизањем било које тужбе којом се оспорава да је узугапијент титулар. (Понекад, ако неовлашћено лице успе у спору, не прекида се ток одржаја у односу на правог титулара јер је замислив интерес узугапијента да се према њему позове на одржај.) Исто дејство као тужба има и приговор. До прекида не долази ако наступи мировање поступка, па пре његовог

настављања истекне рок одржаја. Ни тужба једног сувлаасника против узупапијента не прекида ток одржаја према другима. За разлику од застаревања (чл. 388. ЗОО), рок одржаја не прекидају мере предузете ради обезбеђења доказа или издавања привремене мере.

3. ЗОО не регулише следеће разлоге за прекид тока рока одржаја:

— ако узупапијент накнадно постане несавестан, сазна за околност због које није титулар;

— ако узупапијент изгуби фактичку државину, било својом вољом (напуштањем) било против воље (не само насилно, већ и преварно, у заблуди и сл.), а не поврати јер (макар и путем недозвољене самопомоћи) у року за државинску заштиту. Исти је учинак губитка земљишнокњижне државине (уписа брисања), која није наново успостављена у роковима за жалбу односно тужбу. Формално неважећи упис не прекида рок (нпр. брисање од стране ненадлежног суда);

— прекида се и ако неко трећи стекне право, за чије стицање тече рок одржаја (нпр. применом правила о стицању у доброј вери);

— прекида се, јасно, и ако ствар пропадне или трајно промени правни режим и то тако да на њој не може постојати право које би се имало стећи одржајем, или ако узупапијент умре, или престане постојати, или трајно стекне својство које га чини неподобним да буде титулар дотичног права.

Изузев последњег, ниједан други разлог прекида нема такав учинак да се баш никад не би могао отпочети нови одржај.

(в) Застој рока

1. Аналогно застаревању рок одржаја не тече у случајевима из чл. 381, 382 ст. 1 и 383 ЗОО а не може истећи у случајевима из чл. 385 и 386. ЗОО.

2. Застаревање не тече, не почиње, односно не довршава се и ако је поверилац запослен у домаћинству дужника (чл. 382 ст. 2. ЗОО). Ту одредбу не би требало применити на застој рока одржаја, уколико се не предвиди и обрнуто, тј. и ако је титулар запослен у домаћинству узупапијента.

За разлику од застоја застаревања, код одржаја би можда ваљало одредити један максималан рок, који ако истене, узупапијент постаје титулар, мада је титулар против кога одржај тече још увек пословно неспособан, или је (ако се ипак та одредба примени) узупапијент још увек запослен у његовом домаћинству, односно обрнуто.

С друге стране, мада то ЗОО не предвиђа за застаревање, требало би да рок не тече одређено време после смрти оставиоца, како би наследници добили могућност да спрече губитак права.

V. МОЖЕ ЛИ ПОСЛОВНО НЕСПОСОБНО ЛИЦЕ СТИЦАТИ ПРАВО ОДРЖАЈЕМ

Нацрт не даје одговор на питање може ли пословно неспособно лице уопште стицати одржајем, а ако може, може ли само или једино преко законског заступника.

1. Како за стицање одржајем није потребна изјава воље узупапијента, него се право стиче по сили закона, начелно у том погледу нема препреке да и пословно неспособна лица одржајем стичу право.

2. С друге стране, тврдња да пословно неспособан не може стицати право одржајем пошто је државина услов за одржај, а она подразумева вољу држаоца коју, пословно неспособан нема, извесно је да не стоји за земљишнокњижни одржај и наследнички одржај. За први, услов је да узупапијент буде укњижен (земљишно књижна државина), а за други, да буде наследник (државина по сили закона), а ни за једно од то двоје није потребна пословна способност.

Проблем је једино за оне врсте одржаја код којих се тражи фактичка државина (тапијски и ванкњижни). Сматрам да ни ту није одлучујуће питање државине већ потреба за заштитом пословно неспособних лица. Ту би се могло поставити правило да за пословно неспособног стицање врши његов законски заступник. Но то правило не би важило него би пословно неспособан сам стицао одржајем (дакле сам морао држати ствар) када може и иначе сам да врши државину и да стиче (добročиним пословима којима стиче право, наслеђивањем) а није стекао било због недостатка основа (непуноважност), било због одсуства својине (претходник није власник).

Владимир В. Водинелић