

*Hamid Mutapčić**¹

IMOVINSKOPRAVNI ODNOSI U SVJETLU NOVE DEFINICIJE SAVJESNOG POSJEDA

Sažetak

Za razliku od ranijeg stvarnog prava, prema kojem se savjestan posjed izvodio iz prava vlasništva, prema novom stvarnom pravu ova, duboko ukorijenjena, te, za materiju stvarnih prava, esencijalno važna kvaliteta posjeda, izvodi se iz prava na posjed. Za ocjenu savjesnosti dovoljno je utvrditi da posjednik nije znao niti mogao znati da nema pravo na posjed. Navedeno rješenje uslovljava znatno drugačije postupanje u procesu primjene prava, što, međutim, u jednom dijelu prakse, i nije slučaj. U cilju rasvjetljavanja ovog problema, te u cilju pravilnog i ujednačenog postupanja, u radu je izvršena analiza novije sudske prakse u materiji sticanja po osnovu građenja i zaštite povjerenja. Nova definicija savjesnog posjeda također uslovljava i redefiniciju pravnih pravila o dosjlosti, što je također jedan od problema istraživanja ovoga rada.

Ključne riječi: savjestan posjed, samostalan posjed, savjesno postupanje, pravo na posjed, dosjlost, građenje na tuđem zemljištu, pravna pravila o zaštiti povjerenja

1. Relativizirana uloga savjesnog posjeda (uvodni dio)

U procesu ostvarivanja prava, učesnici obligacionopravnih, odnosno stvarnopravnih odnosa, dužni su pridržavati se načela savjesnosti i poštenja. U protivnom, zahtijevani obim prava, na kojem se sticatelj poziva, bit će poništen zbog ništavosti pravnog posla kao pravnog osnova njegova sticanja. Zaključak o savjesnom, odnosno nesavjesnom postupanju sticatelja, primarno je uslovljen pitanjem pravilne kvalifikacije spornog materijalnopravnog odnosa, u povodu kojega određena vrsta pravnog spora i nastaje, a zatim i pitanjem pravilne klasifikacije činjenica,² na temelju kojih se navedeni zaključak i izvodi. Upravo

¹ Dr. sc. Hamid Mutapčić, vanr. prof., Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Muhameda Hevajja Uskufija br. 7. hamid.mutapcic123@gmail.com

² Tako npr., u materiji sticanja nekretnine od nevlasnika, pri ocjeni savjesnosti kasnijeg sticatelja zahtijeva se upoznavanje sa zemljišnoknjižnim, te nepoznavanje vanknjižnog pravnog stanja nekretnine. Bez obzira na reducirani predmet istraživanja (istraživanje posjedovnog stanja nekretnine ne smatra se uvjetom savjesnosti – v. čl. 55. st. 3. Zakona o stvarnim pravima FBiH - ZSP FBiH, „Službene novine FBiH“ br. 66/2013, 100/2013 i 32/2019 i Zakona o stvarnim pravima RS - ZSP RS, „Službeni glasnik RS“ br. 124/2008, 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016, 107/2019, 1/2021 i 119/2021), standardiziranjem sumnje kao pravnorelevantnog oblika odgovornosti, u čijim se okvirima cijeni savjesnost kasnijeg sticatelja (v. čl. 55. st. 2. ZSP FBiH/

zbog toga, uloga suda u procesu ostvarivanja subjektivnih građanskih prava izuzetno je značajna.

S obzirom na višedecenijski koncept izvođenja savjesnog posjeda iz prava vlasništva, u istom vremenskom periodu egzistirala je usko uspostavljena veza između savjesnog i samostalnog posjeda kao njegovih subjektivnih kvaliteta. Nesvrshodnost njihova razgraničenja temeljila su upravo na utvrđenoj poziciji vlasništva. Ovako uspostavljene definicije savjesnog i samostalnog posjeda ujedno su ispunjavale zahtjeve načela savjesnosti i poštenja, zbog čega je izostala i potreba razgraničenja pozicije savjesnog sticatelja u odnosu na poziciju savjesnog posjednika pokretne, odnosno nepokretne stvari. Tako npr., u materiji višestrukog otuđenja iste stvari, utvrđenjem da kasniji sticatelj (ugovaratelj) nije znao niti mogao znati za ranije zaključen ugovor, ujedno je značilo da je njegov posjed savjestan;³ u materiji sticanja nekretnina od nevlasnika, za ocjenu savjesnosti kasnijeg sticatelja dovoljno je bilo utvrditi da on nije znao niti mogao znati za netačnost, odnosno za nepotpunost zemljišnoknjižnog upisa, što je uključivalo obavezu istraživanja i vanknjižnih pravnih činjenica;⁴ u materiji sticanja po

RS), zakonodavac je naglasio značaj pravilne kvalifikacije, odnosno klasifikacije činjenica, karakterističnih za višestruku prodaju iste nekretnine kao originaran, odnosno za višestruku prodaju iste nekretnine kao derivativan način sticanja prava. U slučaju kada je prenosilac stvarni vlasnik nekretnine (derivativan način sticanja prava), od kasnijeg sticatelja (ugovaratelja), kao uvjet njegova savjesnog sticanja, zahtijeva se nepoznavanje ranije uspostavljenih obligacionopravnih, odnosno stvarnopravnih odnosa u pogledu te iste nekretnine (čl. 57. ZSP FBiH/RS). Bez obzira što višestruko otuđenje prethodi objema vrstama spornih materijalnopravnih odnosa, uloga suda u procesu njihova kvalificiranja, a potom i razrješavanja, a zbog gore naglašenog značaja izbora pravnorelevantnih činjenica, od kojih zavisi ocjena savjesnosti kasnijeg sticatelja (ugovaratelja) iste nekretnine, od velikog je značaja (vidjeti fusnota 33 na 14. strani ovoga rada).

³ „Nižestepeni sudovi su nesumnjivo utvrdili da su i raniji i kasniji sticalac bili savesni, tj. da nisu znali za dvostruki promet.“ (Vrhovni sud Srbije, Rev. 3310/98, 17. 3. 1999., Sudska praksa iz oblasti imovinskih odnosa 2004, 20.) „Za tužiočevu savesnost nema sumnje, dok je za tuženog II reda ispravno zaključio prvostepeni sud da kao kupac nije mogao biti savestan, s obzirom na okolnosti pod kojima je kupio predmetnu nekretninu i način na koji je ušao u posed iste. On je, naime, prilikom kupovine zatekao zaključanu kuću u kojoj su postojale tužiočeve stvari za kompletno domaćinstvo, a tužena I reda kao prodavac nije imala ključ od te kuće, tako da je tuženi II reda kao kupac ušao samo u pomoćne prostorije koje nisu bile zaključane, već samo provizorno zatvorene. U takvoj situaciji tuženi II reda je kao kupac bio dužan da proveri i posedovno stanje u katastru gdje je tužilac bio upisan kao posednik nekretnine i na drugi način.“ (Okružni sud u Zrenjaninu, Gž. 524/97, 18. 1. 1998., *Ibid.*, 25-26.) „Kupac koji je znao ili je mogao znati da je uložio pažnju koja se očekuje od prosječnog čovjeka u pravnom prometu da su kupljene nekretnine ranije prodate trećem licu, ne može steći pravo vlasništva uknjižbom u zemljišnu knjigu kao ni polaganjem isprave kod nadležnog suda tamo gdje su uništene zemljišne knjige.“ (Vrhovni sud BiH, Rev. 56/91, 6. 7. 1991.)

⁴ „Sticalac nekretnine smatrat će se savjesnim ako se prilikom sticanja nekretnine osvjedočio da se prenosilac faktički nalazi u posjedu otuđenih nekretnina. Nije dovoljno za pitanje ko se nalazi u posjedu učiniti jedino uvid u zemljišne knjige i katastarski posjedovni list.“ (Vrhovni sud Vojvodine, Rev. 525/65, navedeno prema M. Orlić, „Savesnost pri sticanju nepokretnosti“, *Pravni život*, 2/1980, 74.) „Kupac je dužan prilikom kupovine da provjeri ne samo na osnovu

osnovu dosjelogosti, izvođenjem zaključka o savjesnom posjedu dosjeditelja ujedno se izvodio i zaključak o njegovom nepoznavanju pravnorelevantnih činjenica karakterističnih za derivativni način sticanja prava.⁵

Uvođenjem nove definicije savjesnog posjeda, nesamostalni posjednik stvari (npr. zakupoprimac, poslugoprimac, ostavoprimac i sl.), bez obzira na priznavanje više pravne vlasti posrednog posjednika (vlasnik – zakupodavac, poslugodavac, ostavodavac), istovremeno ima status i savjesnog posjednika,⁶ što je, međutim, nedovoljno za, zakonom ustanovljene, originalne načine sticanja prava. Obzirom na reducirani obim prava, višedecenijska uloga savjesnog posjeda značajno je relativizirana. U takvim okolnostima, naprijed naznačena nesvrishodnost razgraničenja subjektivnih kvaliteta posjeda, karakteristična za period višedecenijske sudske prakse, zahtijeva svojevrsnu klasifikaciju, sada već, dijametralno različitih materijalnopравnih odnosa, u povodu kojih se raspravlja i odlučuje o različitim vrstama pravnih sporova. Zavisno od zahtijevanog stepena odgovornosti prema pravnorelevantnim činjenicama, cijenit će se i podobnost spornog materijalnopравnog odnosa za odgovarajući način originarnog, odnosno

uvida u zemljišnu knjigu ko je vlasnik, nego i u prirodi (na terenu) ko je u posjedu te nekretnine.“ (Vrhovni sud Vojvodine, Rev. 272/89, navedeno prema D. Stamenković, *Priručnik za upise u zemljišnu knjigu i katastar nepokretnosti*, Savremena administracija, Beograd 1991, 59.) „Kupac nepokretnosti svoju savjesnost u sticanju ne može opravdati samo sa pozivom na pouzdanje u apsolutnu tačnost zemljišno-knjižnih upisa, već je dužan da provjeri i posjedovno stanje nepokretnosti.“ (Savjetovanje građanskih i građansko-privrednih odjeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Zaključak 3/86, 28. i 29. 5. 1986.) „Savesnim sticaocem nepokretnosti ne može se smatrati onaj koji osim zemljišnoknjižnog stanja nije proverio i faktičko stanje na terenu.“ (Vrhovni sud Hrvatske, Gž. 351/73, navedeno prema S. Vuković, *Sudska praksa iz svojinskopравnih odnosa*, Poslovni biro, Beograd 2003, 248.) „Savestan kupac nepokretnosti je ono lice, koje pored pouzdanja u zemljišne knjige prethodno utvrdi stanje poseda kupljene nepokretnosti.“ (Vrhovni sud Srbije, Rev. 4740/92, *Ibid.*, 264.) „Kod kupovanja nepokretnosti nije dovoljno da se kupac osloni samo na zemljišno-knjižno stanje, već je dužan da bi bio savestan, da se interesuje i utvrdi ko i po kom osnovu drži nepokretnost koja je predmet kupoprodaje.“ (Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 266/68, navedeno prema O. Stanković/M. Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd 2001, 339.)

⁵ „Tužilac je savestan držalac sporne nepokretnosti, jer mu je u postupku komasacije ona predana kao naknada za slabiji kvalitet zemljišta koje mu je bilo dodeljeno u tom postupku, pa je usled toga opravdano verovao da je postao njenim vlasnikom.“ (Okružni sud u Zrenjaninu, Gž. 1111/97, 26. 11. 1998., *Sudska praksa iz oblasti imovinskih odnosa* 2004, 16.) „Prema odredbi člana 28. stav 4. Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa, na koju se tužioci pozivaju, savjestan držalac nepokretne stvari na koju drugi ima pravo svojine, stiče pravo svojine na tu stvar održajem protekom 20 godina. Državina je savjesna ako držalac nije znao, niti je morao znati da mu posjedovana stvar ne pripada.“ (Vrhovni sud Crne Gore, Rev. 321/97, 14. 5. 1998, *Ibid.*, 15) „Državina je zakonita ako se zasniva na punovažnom pravnom poslu koji je potreban za sticanje prava svojine i ako nije pribavljena silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja, a savestan je onaj držalac koji ne zna, ili ne može znati da stvar koju drži nije njegova, s tim što savesnost mora postojati za sve vreme roka potrebnog za održaj.“ (Vrhovni sud Srbije, Rev. 4939/99, 24. 11. 1999., *Ibid.*, 18.)

⁶ V. čl. 326. st. 1. ZSP FBiH i čl. 312. st. 4. ZSP RS

derivativnog načina sticanja prava. U materiji sticanja vlasništva po osnovu dosjelosti, savjesnom posjedniku pokretne, odnosno nepokretne stvari, ne koristi protek zakonom ustanovljenog vremena, jer se za ovakav način sticanja, a uslijed gore navedene redefinicije savjesnog posjeda, zahtijeva i samostalan posjed stvari, u kojem je ujedno sadržan i zakonom zahtijevani stepen odgovornosti prema stvarnim pravnorelevantnim činjenicama.⁷ Također, u materiji ostalih, originarnih načina sticanja prava, pri izvođenju zaključka o savjesnom, odnosno nesavjesnom sticanju, potrebno je poći od naznačenog razgraničenja između savjesnog i samostalnog posjeda. O navedenim pitanjima, kao utvrđenom problemu istraživanja ovoga rada, više ćemo govoriti u nastavku ovoga rada.

U cilju formiranja prijedloga *de lege ferenda*, u radu je, primjenom dogmatskog, teleološkog, te uporednopravnog metoda, izvršena analiza relevantnih zakonskih rješenja, pri čemu je naglašen značaj razgraničenja „prava vlasništva“ u odnosu na „pravo na posjed“, kao dvije potpuno različite stvarnopravne kategorije, karakteristične za samostalan, odnosno za savjestan posjed. Slijedom ovakve analize također je naglašen značaj razgraničenja pozicije savjesnog sticatelja u odnosu na poziciju savjesnog posjednika stvari, što, u pogledu problematiziranog načina sticanja prava, u kojem je savjesnost sticatelja, kao neizostavna pravna pretpostavka, izdignuta na nivo esencijalno važnog materijalnopravnog pitanja, zahtijeva i znatno drugačiji način postupanja u procesu primjene prava.

2. Pojam savjesnog posjeda prema ranijem stvarnom pravu

Prema odredbama ranijeg stvarnog prava savjestan posjed izvodio se iz prava vlasništva, pa je savjestan posjednik mogao biti samo onaj koji nije znao niti mogao znati da stvar koju posjeduje nije njegova.⁸ Posjednik koji je posjedovao stvar u ubjeđenju da je to njegova stvar imao je status savjesnog posjednika. Subjektivno uvjerenje o uspostavljenom vlasništvu nad predmetom posjeda garantiralo je pretpostavku savjesnosti, neophodne za sticanje vlasništva po osnovu redovne, odnosno vanredne dosjelosti. Zabluda savjesnog dosjeditelja u pogledu vlasništva prethodnika nadomiještala se protokom vremena, kao jednom

⁷ Pravna pravila o dosjelosti nisu na tragu nove definicije savjesnog posjeda (v. čl. 116., a u vezi sa čl. 326. st. 1. ZSP FBiH i čl. 312. st. 4. ZSP RS). Ovakav propust zakonodavca može generirati pojavu stanovitih nejasnoća u procesu primjene prava, zbog čega ovo izuzetno važno materijalnopravno pitanje zahtijeva sveobuhvatan i sistematičan pristup svakom od naprijed navedenih pitanja. Izvedeni kritički stav isključivo se odnosi na pokretne stvari. Normiranjem samostalnog posjeda, kao materijalnopravne pretpostavke dosjelosti za nepokretne stvari (v. čl. 58. st. 1. i 2. ZSP FBiH/RS), otklonjene su, naprijed navedene, negativne implikacije, uslovljene redefiniranim sadržajem savjesnog posjeda.

⁸ V. čl. 77. Zakona o vlasničko pravnim odnosima - ZOVO, „Službene novine FBiH“ br. 6/98 i 29/03. Identičnu definiciju savjesnog posjeda predviđao je i Zakon o osnovama svojinskopравnih odnosa (v. čl. 72. st. 2. Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa – ZOSPO, „Službeni list SFRJ“ br. 6/80).

od materijalnopravnih pretpostavki ovakvog načina sticanja prava. „Bitno je da se veruje da je prethodnik bio vlasnik.“⁹ Iz toga proizilazi da su isključivo ugovori, koji su imali za cilj prenos vlasništva s prenositelja na sticatelja (npr. ugovor o kupoprodaji, ugovor o zajmu, ugovor o razmjeni, ugovor o poklonu i sl.), imali odgovarajuću kauzu neophodnu za sticanje savjesnog posjeda, kao nužnog konstitutivnog elementa u materiji originarnih načina sticanja prava. Ukoliko bi posjednik, pak, pribavio stvar po osnovu ugovora koji nije podoban za sticanje prava vlasništva (npr. ugovor o zakupu, ugovor o posluži, ugovor o ostavi i sl.), time bi on, priznavajući višu pravnu vlast posrednog posjednika,¹⁰ ujedno uspostavio i nesavjestan posjed stvari, bez obzira na punovažnost ugovora kao pravnog osnova njegova sticanja.

Prema ranijem stvarnom pravu, nesamostalan, a samim time i nesavjestan posjednik stvari, nije ispunjavao pretpostavke za sticanje vlasništva po osnovu dosjeloosti, bez obzira na protek zakonom propisanog vremena. Konstruktivni učinak vremena uslovljen je odgovarajućom kvalitetom posjeda, kojom se ispunjava zahtjev o neskrivljenom nepoznavanju činjenica karakterističnih za derivativni način sticanja prava. Takav zahtjev upravo je ispunjavala naprijed navedena definicija savjesnog posjeda.

2.1. Kritički osvrt

Osnovni nedostatak ovakvog zakonskog rješenja ogledao se u propustu zakonodavca da esencijalno važnu pretpostavku savjesnosti dosjeditelja, a ujedno i neizostavnu materijalnopravnu pretpostavku ovakvog načina sticanja prava, osigura samostalnim posjedom,¹¹ kojim se, shodno njegovom značenju, obuhvata dosjediteljevo pravnorelevantno neznanje o vlasništvu prethodnika, odnosno, iz koje se izvodi zahtijevano dosjediteljevo uvjerenje o uspostavi svojinskopravne komponente nad predmetom posjeda. U prvom slučaju, na temeljima neskrivljenog neznanja da stvar ne pripada otuđivaocu, već nekom trećem licu, kao njenom stvarnom titularu, gradi se pretpostavka savjesnosti, što, u okolnostima karakterističnim za ovakve vrste stvarnopravnih odnosa, odgovara samostalnom posjedu. U drugom slučaju, neoboriva pretpostavka o poznavanju

⁹ K. Dolović Bojić, „Održaj kao način sticanja prava svojine na nepokretnosti“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2019, 169. Međutim, prema mišljenju istog autora (*Ibid.*, 173.) ovakav način ocjene savjesnosti nije moguć u slučaju prometovanja nekretninom s licem koje nije upisano u registar nekretnina, odnosno u slučaju kada je vanknjižno prometovana nekretnina evidentirana u korist nekog trećeg lica.

¹⁰ Tako npr., uspostavom stvarnopravnog odnosa po osnovu ugovora o zakupu, zakupoprimac kao neposredni posjednik nekretnine, priznavajući višu pravnu vlast vlasnika zakupodavca, kao njenog posrednog posjednika, ujedno je imao status nesamostalnog, ali i nesavjesnog posjednika stvari. Ovakva kvalifikacija sticatelja iz navedenih vrsta pravnih poslova nužno je bila potrebna zbog naprijed naznačene uloge i značaja savjesnog posjeda u materiji sticanja stvarnih prava.

¹¹ V. čl. 32. i 33. ZOVO

pravnorelevantnih činjenica, karakterističnih za derivativni način sticanja prava, ne isključuje mogućnost savjesnog sticanja, odnosno mogućnost uspostave samostalnog posjeda stvari. Tako npr., neisticanjem zahtjeva o promjeni zemljišnoknjižnog stanja nekretnine, a uslijed njenog višestrukog sukcesivnog otuđenja, ne uskraćuje se mogućnost uspostave pravnorelevantnog oblika uvjerenja, podobnog za sticanje prava vlasništva po osnovu redovne, odnosno vanredne dosjelosti. Propustom uknjižbe ujedno je propuštena i mogućnost derivativnog načina sticanja prava. Činom takvog propuštanja ne doprinosi se promjeni svojinskopravne strukture ovakvih oblika ugovornih odnosa. Međutim, nesumnjivo izražena volja o prenosu ugovorenog prava apsolutno je podobna za uspostavu samostalnog posjeda stvari. Pravnorelevantni oblik posjednikovog uvjerenja osigurava se upravo vrstom ugovora. Zakonom standardizirana viša pravna vlast,¹² kao uslovljavajuća okolnost, od koje zavisi ocjena problematizirane kvalitete posjeda, svojstvena je potpuno drugačijoj vrsti ugovora. Njenim odsustvom obezbijedene su pretpostavke za uspostavu samostalnog posjeda stvari.¹³

Izvođenjem zaključka o pravno kvalificiranom načinu posjedovanja, odnosno o neskrivljenom neznanju posjednika da stvar pripada trećem licu, ujedno se izvodio i zaključak o njegovom savjesnom sticanju. U takvim okolnostima posjednik bi posjedovao stvar kao da je njen vlasnik (samostalan posjed). U protivnom, on bi imao status nesamostalnog posjednika. Prema tome, propust zakonodavca da zahtijevanu kvalitetu posjeda osigura samostalnim posjedom i time razgraniči poziciju savjesnog posjednika u odnosu na poziciju savjesnog sticatelja stvari, rezultirao je jedinstvenim načinom ocjene savjesnog posjeda, bez obzira na vrstu prethodno uspostavljenog obligacionopravnog, odnosno stvarnopravnog odnosa, te bez obzira na karakter zakonom propisanih pretpostavki, u situaciji kada sticatelj ne posjeduje stvar kao da je njen vlasnik (naprijed prezentirana drugačija vrsta ugovora). Upravo zbog toga, sticatelji iz navedenih vrsta pravnih poslova, pored statusa nesamostalnih, ujedno su imali i status nesavjesnih posjednika stvari. Ovakva pravna kvalifikacija neprihvatljiva je sa stanovišta, zakonom zagaranirane, pozicije posjeda, koji, bez obzira na odsustvo bilo kakvog svojinskopravnog atributa, ipak uživa odgovarajući oblik pravne (sudske) zaštite.

¹² V. čl. 316. st. 2. ZSP FBiH, čl. 304. st. 2. ZSP RS

¹³ U okvirima stvarnopravnih odnosa, u kojima, pored neposrednih, istovremeno postoje i posredni posjednici stvari, status samostalnih posjednika imaju posredni posjednici stvari (vlasnici), a status nesamostalnih posjednika imaju njeni neposredni posjednici (suprotne ugovorne strane). Vlasnikova viša pravna vlast zasnovana je na kauzi ugovora. Tako npr., priznavanjem zakupodavčeve više pravne vlasti, zakupoprimcu se, kao neposrednom posjedniku nekretnine, uskraćuje mogućnost kvalificiranog načina posjedovanja (*Ibid.*), odnosno mogućnost uspostave samostalnog posjeda. Pri uspostavi gore navedenog standarda, na kojem se zasniva podjela posjeda na samostalan i nesamostalan, zakonodavac je, umjesto pojma „posrednog“, koristio pojam „neposrednog“. Stoga se predlaže upućujuća izmjena navedenih zakonskih rješenja.

2.2. Usko uspostavljena veza između savjesnog i samostalnog posjeda

Naprijed prezentirana uloga i značaj vlasništva, kao najpotpunijeg stvarnog prava na individualno određenoj pokretnoj, odnosno nepokretnoj stvari, garantirala je usko uspostavljenu vezu između savjesnog posjeda, kao jedne od zakonom propisanih kvaliteta posjeda, s jedne strane, te načela savjesnosti i poštenja, kao univerzalnog građanskopravnog načela, neizostavnog u materiji zasnivanja obligacionopravnih, odnosno stvarnopravnih odnosa,¹⁴ s druge strane. Na takav način ujedno je uspostavljen i potpuni znak jednakosti između savjesnog i samostalnog posjeda. Izvođenjem zaključka o savjesnom, ujedno se izvodio i zaključak o samostalnom posjedu. I obratno, izvođenjem zaključka o nesavjesnom, ujedno se izvodio i zaključak o nesamostalnom posjedu. Prema tome, ocjenom nesavjesnosti sticatelja, odnosno izvođenjem zaključka o njegovom nesavjesnom posjedu, ujedno se izvodio i zaključak o nedostatku pravnorelevantnog oblika uvjerenja, neophodnog za sticanje prava vlasništva po osnovu redovne, odnosno vanredne dosjelosti. Posjednik je, znajući da stvar pripada trećem licu, odnosno priznavajući višu pravnu vlast posrednog posjednika, imao status nesamostalnog, a ujedno i status nesavjesnog posjednika stvari. U takvim okolnostima, punovažno zaključen ugovor, koji je, shodno njegovoj kauzi, nepodoban za prenos vlasništva s jedne na drugu ugovornu stranu, praktično je bio nepodoban i za uspostavu savjesnog posjeda stvari, bez obzira što se posjedom, kao faktičkom pravnom činjenicom, isključuje mogućnost uspostave svojinskopravnih atributa na prometovanoj stvari.

Utvrđenu ulogu i značaj savjesnog posjeda u materiji sticanja prava vlasništva po osnovu redovne, odnosno vanredne dosjelosti, prepoznao je i zakonodavac, u dijelu u kojem su normirani navedeni oblici sticanja prava.¹⁵ Pored problematizirane zakonske odredbe, kojom se savjestan posjed izvodio iz prava vlasništva, navedenim odredbama on je također normiran i kao jedina pravnorelevantna kvaliteta posjeda iz kategorije njegovih subjektivnih kvaliteta.¹⁶ Imajući u vidu usko uspostavljenu vezu između savjesnog i samostalnog posjeda, sadržanu u odredbama ranijeg stvarnog prava,¹⁷ ovakvo zakonsko rješenje ne treba negativno cijiniti. Međutim, identičnu poziciju savjesnog posjeda preuzelo je i novo stvarno pravo u Bosni i Hercegovini, u dijelu u kojem se propisuju pretpostavke za dosjelost na pokretnim stvarima.¹⁸ Evidentno je zanemarena nova definicija savjesnog posjeda. Također je zanemarena i redizajnirana uloga samostalnog posjeda, kao esencijalno važne kvalitete posjeda u ovoj materiji.

¹⁴ V. čl. 12. Zakona o obligacionim odnosima - ZOO FBiH/RS, „Službeni list SFRJ“ br. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, 2/1992 i 13/1994, „Službene novine FBiH“ br. 29/2003 i 42/2011, „Službeni glasnik RS“ br. 17/1993, 3/1996, 37/2001, 39/2003 i 74/2004.

¹⁵ V. čl. 32. i 33. ZOVO

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ V. čl. 77. ZOVO

¹⁸ V. čl. 116. ZSP FBiH/RS

Izvođenjem savjesnog posjeda iz prava na posjed, te, konsekventno tome, raskidanjem usko uspostavljene veze između savjesnog i samostalnog posjeda, također je zanemareno i načelo savjesnog postupanja, kao neizostavno pravno načelo u materiji originarnih načina sticanja prava. O navedenom propustu zakonodavca više ćemo govoriti u nastavku ovoga rada.

3. Pojam savjesnog posjeda prema novom stvarnom pravu

Za razliku od ranijeg stvarnog prava, prema kojem se savjestan posjed izvodio iz prava vlasništva, prema novom stvarnom pravu „posjed je savjestan ako posjednik ne zna ili ne može znati da nema pravo na posjed“.¹⁹ Ovako uspostavljenu definiciju savjesnog posjeda karakterizira njegova nevlasnička odrednica „pravo na posjed“. Pravnorelevantni oblik neznanja posjednika da stvar „nije njegova“ (ranije stvarno pravo) zamijenjen je istovjetnim oblikom neznanja o nepostojanju „prava na posjed“ (novo stvarno pravo). Napuštanjem najpotpunije svojinskopravne kategorije (pravo vlasništva), iz koje se, shodno zahtijevanom stepenu pažnje („ne zna niti može znati“²⁰), izvodio zaključak o savjesnom, odnosno nesavjesnom posjedu, te uspostavom potpuno drugačijeg kriterija (pravo na posjed), karakterističnog za sve vrste pravnih poslova, bez obzira na njihovu kauzu, značajno su restrukturirani pravni odnosi, u kojima samostalni, odnosno nesamostalni posjednici stvari, pod pretpostavkom da udovoljavaju zahtjevima pravnorelevantnog oblika neznanja, uvijek imaju status i njihovih savjesnih posjednika. Za razliku od ranijeg stvarnog prava, zakupoprincipima, poslugoprincipima, ostavoprincipima, te ostalim sticateljima iz ovakve vrste pravnih poslova omogućava se uspostava savjesnog posjeda stvari.²¹ Kao nesamostalni posjednici, takvi sticatelji, bez obzira na eventualno izveden zaključak o njihovom savjesnom posjedu, nisu kvalificirani ni za jedan oblik originarnog načina sticanja prava, pa tako ni za dosjelost.

3.1. Načelo savjesnosti i poštenja u svjetlu nove definicije savjesnog posjeda

Raskidanjem usko uspostavljene veze između savjesnog i samostalnog posjeda značajno je relativizirana višedecenijska uloga savjesnog posjeda. U takvim okolnostima, esencijalno važno pitanje savjesnog postupanja zahtijeva znatno drugačiji način njegova utvrđenja. Kao neizostavnom materijalnopравnom

¹⁹ V. čl. 326. st. 1. ZSP FBiH, čl. 312. st. 4. ZSP RS

²⁰ V. čl. 77. ZOVO

²¹ Prezentirane vrste pravnih (ugovornih) odnosa egzemplarnog su karaktera. Mogućnost uspostave savjesnog posjeda stvari niti je ograničena vrstom ugovora, a niti vrstom pravnog odnosa. Ovakva vrsta posjeda može biti zasnovana i na nekom drugom osnovu, npr. na rješenju nadležnog državnog organa o dodjeli zemljišta u posjed.

pretpostavkom u materiji originarnih načina sticanja prava, navedenim se pitanjem, bar kada su u pitanju, zakonom ustanovljene, subjektivne kvalitete posjeda, odnosno način njihove višedecenijske interpretacije (vidjeti uvodna izlaganja ovoga rada), naglašava značaj potpuno drugačije klasifikacije materijalnopравnih odnosa, u povodu kojih nastaju i različite vrste sudskih postupaka. Polazeći od zahtjeva načela savjesnosti i poštenja, a imajući u vidu zakonom standardiziranu odrednicu „pravo na posjed“, kojom se zamjenjuje, do tog momenta, duboko ukorijenjena svojinskopравna kategorija „nije njegova“, zaključak o savjesnom postupanju, utemeljen na sadržaju nove definicije savjesnog posjeda, bio bi apsolutno neprihvatljiv način njegova izvođenja. Utvrđeni značaj navedenog pitanja neminovno bi uticao i na pogrešan način razrješenja određenih vrsta pravnih sporova. Stoga se može zaključiti da je višedecenijski koncept izjednačavanja savjesnog posjeda s načelom savjesnosti i poštenja, kao univerzalnim građanskopравnim načelom, neizostavnim u materiji originarnih načina sticanja prava, u potpunosti dokinut, što, pored naglašenog načina postupanja u procesu primjene prava, uvjetuje i primjereni način postupanja u domenu legislativnog djelovanja. Zadržavanjem ranije zakonske pozicije savjesnog posjeda, u dijelu u kojem se utvrđuje zahtijevani stepen posjednikovog uvjerenja, karakterističnog za redovnu,²² odnosno za vanrednu dosjelost,²³ obesmišljava se značaj savjesnog postupanja, kao nužnog konstitutivnog elementa ovakvog načina sticanja prava.

U cilju formiranja prijedloga *de lege ferenda*, u nastavku ovoga rada izvršit ćemo analizu relevantnih zakonskih rješenja, a zatim ćemo, u namjeri da naglasimo značaj redefinirane uloge savjesnog, odnosno samostalnog posjeda, izvršiti i analizu najnovije prakse, u kojoj se, slijedom ustaljenih pravnih shvatanja, promatranih kroz objektiv nove definicije savjesnog posjeda, zauzimaju stavovi o savjesnom, odnosno nesavjesnom postupanju, što rezultira i pogrešnim načinom razrješavanja problematizirane vrste pravnih sporova.

3.2. Uloga savjesnog posjeda u novom stvarnom pravu: odnos normativnog i stvarnog stanja u materiji sticanja vlasništva po osnovu dosjlosti

U pogledu problematiziranog načina sticanja prava, izvođenjem zaključka o savjesnom posjedu ne razrješava se materijalnopравno pitanje savjesnosti dosjeditelja, bez kojeg je, bez obzira na protek zakonom propisanog vremena, isključena mogućnost ovakvog načina sticanja prava. Polazeći od univerzalnog principa da u manjem nije sadržano i veće, tako se i za sticatelja, koji je, uspostavom odgovarajućeg obligacionopравnog, a zatim i stvarnopравnog odnosa, stekao pravo na posjed, odnosno za sticatelja, koji nije znao niti mogao znati da nema pravo na posjed,²⁴ ne može tvrditi da ujedno ima status i savjesnog dosjeditelja. Bez

²² V. čl. 116. st. 1. ZSP FBiH/RS

²³ V. čl. 116. st. 2. ZSP FBiH/RS

²⁴ U cilju razgraničenja pozicija savjesnog i samostalnog posjednika stvari, a ujedno i pozicija

obzira na uspostavu savjesnog posjeda stvari, za izvođenje zaključka o uspostavi svojinskopravne komponente nad predmetom posjeda (pravno kvalificirani način posjedovanja), odnosno zaključka o neskrivljenom neznanju da stvar pripada trećem licu, pored pravnorelevantnog oblika neznanja, zahtijeva se i odgovarajuća vrsta pravnog posla. Isključivo se radi o poslovima s podobnom pravnom kauzom (prenos vlasništva). U nedostatku takve kauze nedostajat će i zahtijevani oblik posjednikovog uvjerenja. Nasuprot tome, uspostavom stvarnopravnog odnosa, u kojem se, shodno njegovoj prirodi, isključuje mogućnost posrednog posjedovanja, a ujedno i mogućnost priznavanja više pravne vlasti, samostalnom, odnosno, samostalnom kvalificiranom posjedniku stvari ujedno se dodjeljuje i status njenog savjesnog dosjeditelja.

Evidentno je da se savjesnom posjedniku stvari uskraćuje njegova višedecenijska pozicija. Raskidanjem usko uspostavljene veze između savjesnog i samostalnog posjeda, iz njegovog se posjeda potiskuje, za dosjelost karakteristična, pretpostavka posjednikovog uvjerenja. Međutim, pravna pravila o dosjelosti, sadržana u odredbama novih entitetskih zakona o stvarnim pravima, nisu na tragu nove zakonske definicije savjesnog posjeda. Slijedom ustaljenih pravnih shvatanja zakonodavac je preuzeo raniju poziciju savjesnog posjeda. Da bi se izveo zaključak o kvalificiranom posjedu (redovna dosjelost) dovoljno je utvrditi zakonit i istinit posjed, kao objektivne kvalitete posjeda, te savjestan posjed, kao njegovu subjektivnu kvalitetu.²⁵ Također, da bi se izveo zaključak o vanrednoj dosjelosti, dovoljno je utvrditi da posjednik, u pravnorelevantnim momentima za dosjelost (početak i kraj roka dosjelosti),²⁶ nije znao niti mogao znati da nema pravo na posjed (savjestan posjed).²⁷ Nijednom od navedenih odredaba ne normira se samostalan posjed kao pretpostavka ovakvog načina sticanja prava. Njihovim promatranjem u svjetlu nove zakonske definicije savjesnog posjeda relativizira se pretpostavka savjesnosti, kao neizostavna materijalnopravna pretpostavka u materiji originarnih načina sticanja prava, pa tako i u materiji sticanja vlasništva po osnovu dosjelosti. Međutim, bez navedene pretpostavke nema ni dosjelosti, bez obzira na protek vremena, te bez obzira na ostale, zakonom ustanovljene,

savjesnog posjednika i savjesnog sticatelja stvari, u radu se raspravlja o značaju razumijevanja nove definicije savjesnog posjeda, prvenstveno kroz okvire novouspostavljenog kriterija na kojem se navedena kvaliteta posjeda i zasniva. Obzirom da se radi o subjektivnoj kvaliteti posjeda, čije postojanje, odnosno nepostojanje (na nivou oborive zakonske pretpostavke), isključivo zavisi od posjednikovog pravnorelevantnog oblika uvjerenja o uspostavi prava na posjed, time su i refleksije različitih (pravnih) odnosa, uvjetovanih okolnostima, pa i pravilima karakterističnim za takve okolnosti, u kojima pravni posao, odnosno drugi odgovarajući osnov sticanja posjeda, ne udovoljava odredbama važećeg materijalnog prava, podložne drugačijem načinu doktrinarne analize. Takvu vrstu analize, prvenstveno zbog ograničenih mogućnosti, uvjetovanih utvrđenim problemom istraživanja ovoga rada, prepuštamo nekom sveobuhvatnijem naučnom istraživanju.

²⁵ V. čl. 116. st. 1. ZSP FBiH/RS

²⁶ V. čl. 58. st. 3. ZSP FBiH/RS

²⁷ V. čl. 116. st. 2. ZSP FBiH/RS

kvalitete posjeda. Esencijalno važnu pretpostavku savjesnosti, karakterističnu za sve vrste dosjelosti, potrebno je osigurati samostalnim posjedom. U njemu je ujedno sadržano i pravnorelevantno neznanje o vlasništvu prethodnika, odnosno pravnorelevantno uvjerenje posjednika o uspostavi svojinskopravne komponente nad predmetom posjeda. Samo u takvim okolnostima posjedniku se dodjeljuje status savjesnog dosjeditelja. U protivnom, savjesnom, odnosno savjesnom, zakonitom i istinitom posjedniku ne koristi protek zakonom ustanovljenog vremena.

3.3. Normativno razgraničenje savjesnog i samostalnog posjeda kao konačno rješenje problema – prijedlog *de lege ferenda*

Polazeći od utvrđenih nedostataka, a uvažavajući značaj savjesnog postupanja, za problematizirana zakonska rješenja (bar na način na koji upućuje njihov sadržaj) može se zaključiti da su apsolutno neprimjenjiva. Značaj korektivnog postupanja sudova u procesu primjene prava ponovno se nameće kao nezaobilazno pitanje. Da se radi o nedovoljno obazrivom pristupu u procesu legislativnog djelovanja, a ne o dijametralno drugačijem (zakonodavnom) razumijevanju najučestalijeg originarnog načina sticanja prava, jasno se može zaključiti iz naprijed provedene dogmatske, teleološke, te uporednopravne analize. Za očekivati je da će sudovi, tragom ustaljenih višedecenijskih pravnih shvatanja,²⁸ istovremeno uvažavajući novu zakonsku definiciju savjesnog posjeda, cijeniti i nedostajuću, a ujedno i

²⁸ Bez obzira na novu definiciju savjesnog posjeda, ustaljeni višedecenijski način odlučivanja u ovakvim vrstama sudskih postupaka ostat će nepromijenjen. Pri ocjeni savjesnosti, sudovi će, umjesto zaključka o savjesnom, izvoditi zaključak o samostalnom posjedu. Drugačiji način razrješavanja pravnih sporova, u kojima, pored dosjeditelja, kao ranijih sticatelja, učestvuju i kasniji savjesni, odnosno nesavjesni sticatelji (ugovaratelji) istih nekretnina, uslovljen je učincima načela povjerenja, kao potpuno novim originarnim načinom sticanja prava. U konkurenciji različitih zahtjeva prednost se daje kasnijem evidentiranom pravu. Slabija procesna pozicija dosjeditelja u ovakvim vrstama sudskih postupaka posljedica je njihovih inertnih odnosa prema vanknjižno zasnovanim, odnosno ugovorenim pravima, uslijed čega su zemljišne knjige, a zbog izrazite netačnosti, odnosno nepotpunosti, prestale ispunjavati svoju osnovnu funkciju. Međutim, normiranjem samostalnog posjeda, kao materijalnopravne pretpostavke dosjelosti, u dijelu u kojem su nekretnine predmet sticanja (V. čl. 58. st. 1. i 2. ZSP FBiH/RS), osigurana su potpuno provodiva zakonska rješenja, jer u širem pravu vlasništva (samostalan posjed) ujedno je sadržano i uže pravo na posjed stvari (savjestan posjed). O inertnom odnosu dosjeditelja i ostalim uzrocima nesređenog zemljišnoknjižnog stanja nekretnina opsežno su pisali D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Panevropski univerzitet „Aperion“ – Fakultet pravnih nauka – Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka 2018, 74-76., H. Mutapčić/M. Đapo/B. Muminović, „Zemljišnoknjižno stanje nekretnina u Bosni i Hercegovini i mogući pravci reforme“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, 2/2021, 11-17., S. Mulabdić/H. Mutapčić, „Dobrovoljno opterećenje prava vlasništva na nekretnini tuđim stvarnim pravom“, *Domaća i strana sudska praksa*, 83/2020, 65-66. i D. Kontrec, „Osnivanje (obnova) zemljišnih knjiga – rad katastarskog i zemljišnoknjižnog povjerenstva“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2008, 523-524.

prijeko potrebnu kvalitetu posjeda, nadomiještajući time evidentni, a svakako premostivi, propust zakonodavca. Međutim, dopunom navedenih odredaba, na način na koji upućuju prezentirana pravna shvatanja, doprinijet će se izradi kvalitetnijeg zakonskog rješenja, što je ujedno i prijedlog *de lege ferenda* autora ovoga rada. O potrebi normativnog razgraničenja savjesnog i samostalnog posjeda također su pisali Medić, Mulabdić i Popov.²⁹

4. Relativizirana uloga savjesnog posjeda i značaj savjesnog postupanja – analiza novije sudske prakse u materiji sticanja po osnovu građenja i zaštite povjerenja

Naprijed prezentirani proces transformacije pravnorelevantnog kriterija, iz kojeg se izvodi zaključak o savjesnom, odnosno nesavjesnom posjedu, uvjetovao je potpuno drugačiji način razrješavanja pravnih sporova, u kojima se, između ostalog, kao neizostavna materijalnopravna pretpostavka sticanja, cijeni čin savjesnog, odnosno nesavjesnog postupanja. Uspostavom nevlasničke odrednice (pravo na posjed), te napuštanjem najpotpunije svojinskopravne kategorije (pravo vlasništva), iz koje se, shodno zahtijevanom stepenu pažnje („ne znati može znati“³⁰), izvodio zaključak o savjesnom, odnosno nesavjesnom posjedu, značajno su restrukturirani pravni odnosi, u kojima samostalni, odnosno nesamostalni posjednici stvari, pod pretpostavkom da udovoljavaju zahtjevima pravnorelevantnog oblika neznanja, uvijek imaju status i njihovih savjesnih posjednika. Međutim, takvi posjednici ne udovoljavaju nužno i zahtjevima savjesnog postupanja, zbog čega se nameće potreba razgraničenja dva dijametralno različita pravna pitanja: s jedne strane, pitanja savjesnog posjeda, kao pravno irelevantnog pitanja u materiji originarnih načina sticanja prava; s druge strane, pitanja savjesnog, odnosno nesavjesnog postupanja, u čijim se okvirima, a zbog njegove naprijed utvrđene materijalnopravne pozicije (vidjeti naslov pod 3.1. ovoga rada), cijeni osnovanost svakog vlasničkog pravnog zahtjeva.

Polazeći od višedecenijske uloge savjesnog posjeda u materiji originarnih načina sticanja prava, te imajući u vidu nesporni uticaj ranije donesenih odluka, naročito u pitanjima s općedruštvenim značajem, u čijim su rasvjetljavanjima sudjelovale i najviše sudske instance,³¹ za očekivati je da sudovi, tragom takvih

²⁹ D. Medić, 100., S. Mulabdić, „Mogućnost sticanja prava vlasništva na osnovu izvršenog usmenog ništavog kauzalnog ugovora o prometu nepokretnosti“, *ZIPs*, 1456/2022, 66., D. Popov, „Kvalifikovana državina u funkciji sticanja prava svojine održajem“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2011, 119.

³⁰ V. čl. 77. ZOVO

³¹ Djelujući snagom autoriteta njihovih donosilaca, ovakve sudske odluke, naočito u pitanjima s navedenim značajem, praktično su dovedene na nivo pravno obvezujućih. Najeklatantniji primjer ovakvih odluka sadržan je u Zaključku 3/86, kojim su sublimirana dominantna pravna shvatanja u pogledu zahtijevane odgovornosti kasnijih sticatelja nekretnina, s ciljem utvrđenja konačnog predmeta njihova istraživanja (pored istraživanja zemljišnoknjižnog, utvrđena je

pravnih shvatanja, a uvažavajući novu definiciju savjesnog posjeda, zanemare pitanje savjesnog postupanja, odnosno pravnorelevantne aspekte njegova utvrđenja. Upravo ovakav način postupanja pronalazimo u odluci Općinskog suda u Banovićima,³² kojom se, shodno odredbi člana 59. stav 4. ZSP FBiH/RS, cijeni savjesnost sticatelja po osnovu građenja na tuđem zemljištu.

4.1. Analiza Presude Općinskog suda u Banovićima 127 0 P 061245 15 P - kritički osvrt

Tragajući za pravnorelevantnim oblikom neznanja, imanentnog oblicima originarnog načina sticanja prava, a ujedno i ranijoj definiciji savjesnog posjeda, podsjećamo, u okvirima prava vlasništva, kao najpotpunije svojinskopravne kategorije, iz koje se navedena kvaliteta posjeda i izvodila,³³ sud je primijenio novu definiciju savjesnog posjeda, a zatim je, ocjenivši da je graditelj savjestan, razriješio pravni spor u njegovu korist. Bez obzira na pravilan odabir kriterija (ne zna ili ne može znati), pravnorelevantni oblik neznanja, karakterističan za novu definiciju savjesnog posjeda, odnosno za njegovu nevlasničku odrednicu (pravo na posjed), apsolutno je nepodoban za materiju originarnih načina sticanja prava, odnosno za esencijalno važnu pretpostavku savjesnosti sticatelja, u ovom slučaju graditelja. Radi se o standardiziranom obliku neznanja, jedinstveno primjenjivom, kako u materiji originarnih načina sticanja prava, tako i u materiji utvrđenja subjektivnih kvaliteta posjeda, u ovom slučaju savjesnog posjeda, zbog čega je osporavani način postupanja, u smislu konačno iznesenog suda o relevantnom pravnom pitanju (savjesnost graditelja), apsolutno neprihvatljiv. Zavisno od spornog materijalnopravnog odnosa, zaključku o savjesnosti sticatelja, odnosno o njegovom iskazanom stepenu pažnje prema pravnorelevantnim činjenicama, pored navedenog oblika neznanja, nužno prethode i ostali pravnorelevantni aspekti njegova izvođenja. U nekim situacijama, ovakva vrsta zaključka može da zavisi od pravilne kvalifikacije materijalnopravnog odnosa, u povodu kojega pravni spor i nastaje.³⁴ U slučaju njegova pogrešnog kvalificiranja, proces uspostave

obaveza istraživanja i vanknjižnog, posjedovnog pravnog stanja nekretnina). Značaj ujednačenog postupanja sudova, s jedne strane, te značaj nesmetanog prometovanja nekretninama, s druge strane, ključne su odrednice ovakve prakse sudova. O navedenom Zaključku opsežno su pisale K. Dolović-Bojić („Savesnost kao uslov sticanja prava svojine“, *Pravni život*, 10/2017, 567-569.) i M. Povlakić („Uloga savjesnosti kod višestrukog otuđenja iste nepokretnosti i predstojeća reforma zemljišnoknjižnog-prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, XLII/1999, 261-264.).

³² Općinski sud u Banovićima - OSB, 127 0 P 061245 15 P, 25. 7. 2017.

³³ V. čl. 77. ZOVO

³⁴ Tako npr. u materiji višestrukog otuđenja iste nekretnine, esencijalno važan proces izbora spornih pravnorelevantnih činjenica, od kojih zavisi ocjena savjesnosti kasnijeg sticatelja (ugovaratelja) iste nekretnine, upravo zavisi od navedenog pitanja: u jednom slučaju (višestruka prodaja iste nekretnine kao derivativni način sticanja prava - otuđilac vlasnik), zavisno od

činjenične građe,³⁵ od koje zavisi takva vrsta zaključka, neminovno će rezultirati izborom pravno irelevantnih činjenica, a zatim i pogrešnim načinom razrješenja spornog odnosa. Stoga se može zaključiti da je zakonom standardizirani oblik neznanja, jedinstveno primjenjiv, kako u materiji originarnih načina sticanja prava, tako i u materiji utvrđenja subjektivnih kvaliteta posjeda, u ovom slučaju njegove nevlasničke odrednice (pravo na posjed), a zbog dijametralno različitih pravnih kategorija, na koje se on i odnosi, apsolutno nepodoban za proces razrješavanja ovakve vrste pravnih sporova. Tragom pogrešne interpretacije, u dijelu u kojem se problematizirana kvaliteta posjeda po zakonu pretpostavlja,³⁶ sud je poistovijetio pitanje savjesnog postupanja s pravno irelevantnim pitanjem savjesnog posjeda.³⁷ U okolnostima reduciranog propitivanja savjesnosti

iskazanog stepena pažnje prema ranije zaključenom ugovoru cijenit će se savjesnost kasnijeg sticatelja (ugovaratelja) iste nekretnine; u drugom slučaju (višestruka prodaja iste nekretnine kao originarni način sticanja prava – otuđilac nevlasnik), takav zaključak zavisit će od poznavanja vanknjižnih pravnih činjenica, odnosno od utvrđenja (u slučaju nepoznavanja takvih činjenica), zakonom normiranog, oblika odgovornosti, sadržanog u pravnom pravilu o gruboj nepažnji (v. čl. 9. Zakona o zemljišnim knjigama FBiH – ZZK FBiH, „Službene novine FBiH“ br. 58/2002, 19/2003, 54/2004 i 32/2019 i Zakona o zemljišnim knjigama RS – ZZK RS, „Službeni glasnik RS“ br. 74/2002, 67/2003, 46/2004, 109/2005 i 119/2008), odnosno u pravnom pravilu o sumnji (v. čl. 55. st. 2 ZSP FBiH/RS). Na potpuno drugačijem karakteru vanknjižnih pravnih činjenica (općepoznate činjenice) zasniva se i znatno veći stepen odgovornosti kasnijeg sticatelja iste nekretnine. Također, prema Dolović-Bojić (2017, 567.), pri ocjeni savjesnosti treba voditi računa i o stanju registra nepokretnosti, što može upućivati i na zaključak o utvrđenom stepenu odgovornosti kasnijeg sticatelja. O značaju pravilne kvalifikacije, a potom i izbora iznijetih pravnorelevantnih činjenica, od kojih zavisi ocjena savjesnosti kasnijeg sticatelja (ugovaratelja) iste nekretnine opsežno su pisali Mulabdić i Mutapčić („Utvrdjivanje jačeg prava za upis vlasništva na istoj nekretnini između vanknjižnog vlasnika i trećeg savjesnog lica“, *Domaća i strana sudska praksa*, 87/2021, 82-84.).

³⁵ Važno je naglasiti da se pitanje pravilne uspostave činjenične građe procjenjuje prema iznesenim, a ne objektivno postojećim pravnorelevantnim činjenicama. U tome se ogleda načelo relativne istine, ustanovljeno odredbama novih entitetskih zakona o parničnom postupku (v. čl. 7. Zakona o parničnom postupku FBiH - ZPP FBiH, „Službene novine FBiH“ br. 53/2003, 73/2005, 19/2006, 98/2015 i Zakona o parničnom postupku RS - ZPP RS, „Službeni glasnik RS“ br. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008, 45/2009, 49/2009 i 61/2013). U protivnom, „tužbeni zahtjev je prekoračen ako je sud svoju odluku zasnavao na činjeničnoj osnovi drugačijoj od one na koju se pozvao tužitelj.“ (Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 2790/91, 11. 3. 1992., navedeno prema J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Privredna štampa, Sarajevo 2016, 190.) Također je važno naglasiti da pogrešna kvalifikacija iznijetih pravnorelevantnih činjenica od strane tužitelja ne amnestira sud od utvrđenog načina njegova postupanja. Obzirom da sud nije vezan istaknutim osnovom (V. čl. 53. st. 3. ZPP FBiH/RS), on će odlučiti o zahtjevu i u slučaju njegova pogrešnog zasnivanja. Upravo zbog toga, sud „ne može odbiti tužbeni zahtjev sve dok ga može usvojiti po nekom drugom pravnom osnovu“ (Vrhovni sud FBiH, Rev. 58 0 P 163072 22, 2. 6. 2022, *Domaća i strana sudska praksa* 2023, 125.).

³⁶ V. čl. 326. st. 2. ZSP FBiH/RS

³⁷ „...posebno što se prema čl. 326. st. 2. Zakona o stvarnim pravima savjesnost pretpostavlja..“

graditelja, ovakav način postupanja rezultiralo je pogrešnim načinom razrješenja spora, što je potvrđeno i odlukom Kantonalnog suda u Tuzli.³⁸ Prema tome, osporavani način postupanja problematičan je iz dva razloga: prvo, reduciranim propitivanjem savjesnosti graditelja poistovjećeno je pitanje savjesnog postupanja s pravno irelevantnim pitanjem savjesnog posjeda; i drugo, uokvirivanjem esencijalno važnog materijalnopravnog pitanja u ograničene domete navedenog kriterija, zanemareni su znatno širi, pravnorelevantni aspekti, njegova domašaja.

Reduciranom propitivanju esencijalno važne materijalnopravne pretpostavke također je prethodio i kritički stav prema relevantnim zakonskim odredbama, u kojima, prema mišljenju suda, „nije decidno propisano ko je savjestan graditelj“,³⁹ zbog čega je, u konačnici, i primijenjena odredba o savjesnom posjedu.⁴⁰ Međutim, naprijed utvrđeni karakter načela savjesnosti i poštenja uvjetovao je upravo ovakav način njegova normativnog uređenja. U namjeri da se obezbijedi mogućnost širokog djelovanja u procesu primjene prava, a sve u cilju pravednog i ispravnog postupanja, naročito u situacijama, koje, što zbog izuzetno složenih obligacionopravnih, odnosno stvarnopravnih odnosa, što zbog objektivne nemogućnosti zakonodavca da kvalitetno uredi svaku životnu situaciju, zahtijevaju čin korektivnog postupanja, načelo savjesnosti i poštenja izdignuto je na nivo univerzalnog građanskopravnog načela, s uopćenom normativnom odrednicom – da su učesnici iz gore navedenih odnosa dužni pridržavati se načela savjesnosti i poštenja.⁴¹ Šta jeste, a šta nije čin savjesnog postupanja, prepušteno je sudovima da cijene u svakoj konkretnoj situaciji. „Sudija je dužan da pronikne u sadržinu načela savjesnosti i poštenja i da stvori predstavu o tome koji je sadržaj opšte pravne norme, šta se podrazumeva pod postupanjem u skladu sa savesnošću i poštenjem, koja načela i pravila pri tome važe.“⁴² Korektivno djelujući na iskrivljenu svijest ugovarača, sprečava se zloupotreba prava suprotna sadržaju ovog načela. Eklatantan primjer ovakvog načina postupanja pronalazimo u odluci Ustavnog suda BiH,⁴³ kojom se naglašava značaj šire primjene načela savjesnosti i poštenja u odnosu na njegovu normiranu poziciju u okviru pravnih pravila o zaštiti povjerenja, kao novog originarnog načina sticanja prava.

(OSB, 127 0 P 061245 15 P, 8.) Pogrešno izveden zaključak o izjednačavanju navedenih pitanja posljedica je bezrazložne primjene odredbe člana 326.: „Iako odredbama Zakona o stvarnim pravima nije decidno propisano ko je savjestan graditelj, u konkretnom slučaju po mišljenju suda primjenjuje se odredba člana 326. stav 1.“ (OSB, 127 0 P 061245 15 P, 7)

³⁸ Kantonalni sud u Tuzli, 127 0 P 061245 17 Gž, 16. 1. 2021.

³⁹ OSB, 127 0 P 061245 15 P, 7

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ V. čl. 12. ZOO FBiH/RS

⁴² B. Blagojević/V. Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1980, 109.

⁴³ Ustavni sud BiH, AP 666/14, 15. 2. 2017. <http://www.sluzbenilist.ba/page/akt/7Voogztz5k76kjin45hbgztz5k76kjin45hFC1Y>., posljednji pristup 5. decembra 2022.

⁴⁴ Za poslove, koji su prelazili okvir redovnog upravljanja (promjena namjene stvari, izdavanje stvari u zakup, zasnivanje hipoteke na cijeloj stvari, zasnivanje služnosti, veće popravke ili prepravke stvari i sl.), odredbe, u to vrijeme važećeg ZOVO, zahtijevale su saglasnost svih suvlasnika (v. čl. 17. ZOVO), u ovom slučaju neupisane bračne partnerice, kao vanknjižnog titulara suvlasničkog dijela nekretnine. Isto zakonsko rješenje predviđa i novo stvarno pravo (v. čl. 32. st. 1. ZSP FBiH/RS).

⁴⁶ Na temelju iznijetih činjenica i predloženih dokaza sudovi su utvrdili tužiteljicino poznavanje ranije uspostavljenog obligacionopravnog odnosa, odnosno njen pasivan odnos prema ugovorenom pravu sve do momenta kada je povjerilac, a zbog kašnjenja u izvršavanju ugovorom preuzetih obaveza (uplata dospjelih anuiteta po osnovu ugovora o kreditu), aktivirao svoje ugovoreno pravo hipoteke. Ovakav način njenog ponašanja, a sve u cilju zloupotrebe prava i nezakonitog načina njegova ostvarivanja, kvalificiran je kao čin nesavjesnog postupanja.

Ovakav način postupanja eklatantan je primjer korektivnog djelovanja u procesu primjene prava. Proklamovani značaj šire primjene načela savjesnosti i poštenja, s jedne strane, te njegova uopćena normativna odrednica, s druge strane, pružaju mogućnost upravo ovakvog načina postupanja, što je, u okolnostima složenih materijalnopравnih odnosa, i prijeko potreban način sudskog djelovanja.

5. Zaključak

Napuštanjem najpotpunije svojinskopравne, te uspostavom potpuno drugačije kategorije („pravo na posjed“ umjesto „prava vlasništva“), kao pravnorelevantnog kriterija, iz kojeg se, shodno zahtijevanom stepenu pažnje (ne zna niti može znati), izvodi zaključak o savjesnom, odnosno nesavjesnom posjedu, naglašena je potreba (normativnog) razgraničenja dviju subjektivnih kvaliteta posjeda, a ujedno i potreba razgraničenja dviju dijametralno različitih zakonskih pozicija: s jedne strane, pozicije savjesnog posjednika; s druge strane, pozicije savjesnog sticatelja, bez koje većina originarnih načina sticanja prava i ne bi bila moguća. Ovakvo zakonsko rješenje opravdano je sa stanovišta, zakonom zagarantirane, pozicije posjeda, koji, bez obzira na odsustvo bilo kakvog svojinskopравnog atributa, ipak uživa odgovarajući oblik pravne (sudske) zaštite. Međutim, normiranjem savjesnog posjeda, kao jedine kvalitete posjeda iz kategorije njegovih subjektivnih kvaliteta, obesmišljena je pretpostavka savjesnosti dosjeditelja, bez koje, svakako, ni ovakav način sticanja prava ne bi bio moguć. Polazeći od izvedenih zaključaka, a imajući u vidu karakter utvrđenih zakonskih nedostataka, predlaže se dopuna problematiziranih zakonskih odredaba na način da se, kao materijalnopравna pretpostavka dosjelosti, predvidi i samostalan posjed stvari. Samo u navedenoj kvaliteti posjeda sadržano je dosjediteljevo pravnorelevantno neznanje o vlasništvu prethodnika, odnosno njegovo pravnorelevantno uvjerenje o uspostavi svojinskopравne komponente nad predmetom posjeda. Na takav način izvršilo bi se, prijeko potrebno, normativno razgraničenje dviju subjektivnih kvaliteta posjeda, uvjetovano redefiniranim sadržajem savjesnog posjeda, a ujedno bi se osigurala i esencijalno važna pretpostavka savjesnosti dosjeditelja, bez koje navedeni način sticanja prava i nije ostvariv.

Redefinicijom savjesnog posjeda i razgraničenjem dviju navedenih zakonskih pozicija, isključena je mogućnost uobičajenog sudskog postupanja, u dijelu u kojem se esencijalno važna materijalnopравna pretpostavka sticanja (pretpostavka savjesnosti) poistovjećivala sa, sada već, pravno irelevantnim pitanjem savjesnog posjeda. Otuda i potpuni znak jednakosti između navedenih pitanja, što je rezultanta navedenog načina postupanja u procesu primjene prava. Za očekivati je da će sudovi, tragom razgraničenja navedenih zakonskih pozicija, a uvažavajući značaj njihova korektivnog djelovanja, cijeliti savjesnost u svim aspektima njenog domašaja, ne ograničavajući se, pri tome, redizajniranim okvirima nove definicije savjesnog posjeda. Upravo ovakav način djelovanja zabilježen je u najnovijoj praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

PROPERTY RELATIONS IN THE LIGHT OF THE NEW DEFINITION OF CONSCIENTIOUS POSSESSION

Summary

Unlike the earlier real law, according to which conscientious possession was derived from the right of ownership, according to the new real law, this deep-rooted and, for the matter of real rights, essentially important quality of possession, is derived from the right to possession. For the assessment of conscientiousness, it is sufficient to establish that the possessor did not know or could not have known that he did not have the right to possession. The aforementioned solution conditions a significantly different procedure in the process of applying the law, which, however, is not the case in one part of the practice. In order to shed light on this problem, and with the aim of proper and uniform treatment, the paper analyzes recent judicial practice in the matter of acquisition based on the construction and protection of trust. The new definition of conscientious possession also conditions the redefinition of the legal rules on habitation, which is also one of the research problems of this work.

Key words: conscientious possession, independent possession, conscientious conduct, right to possession, usucaption, building on someone else's land, legal rules on trust protection