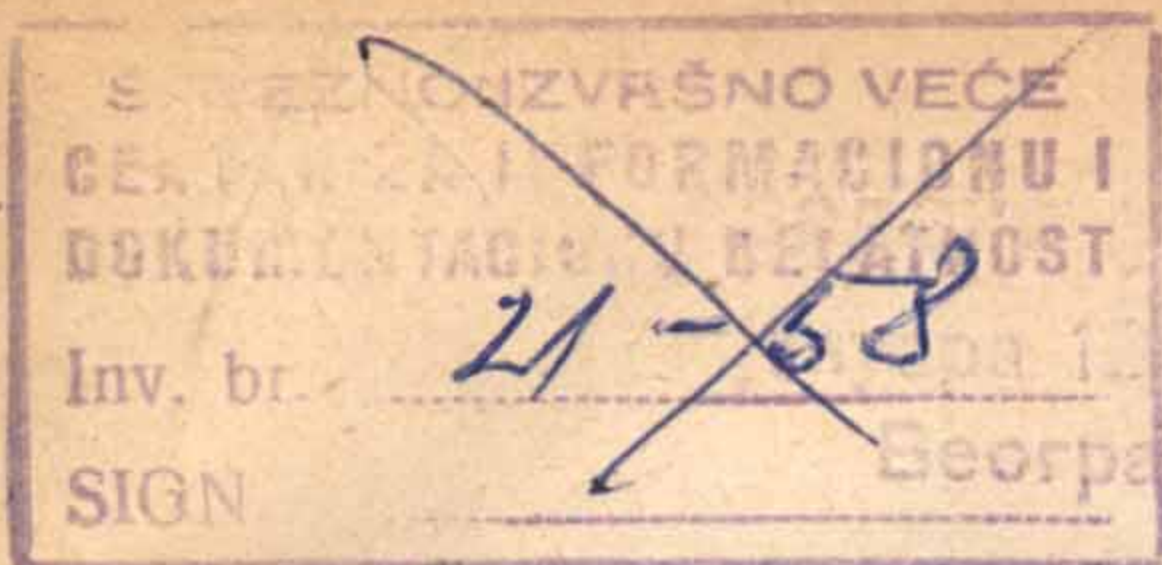


347.61/.64

~~21-58~~





~~200~~
63-11
11

ПОСМРТНО ИМАЊЕ И НАСЛЕДНИК

— § 490 ГРАЂ. ЗАК. —

БИБЛИОТЕКА
Министарства Правде

од

Бр. 598

МИХ. П. ЈОВАНОВИЋА

Прештампано из АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



БЕОГРАД

ШТАМПARIЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“

ДИМИТРИЈА ГАВРИЛОВИЋА (ПРЕЂЕ АЦЕ М. СТАНОЈЕВИЋА)

Кнегиње Љубице улица број 6.

1913.



Том. 66.
3 9869

ПОСМРТНО ИМАЊЕ И НАСЛЕДНИК

— § 490 ГРАЂ. ЗАК. —

По смрти сопственика, наследник се, без какве праве потребе, обично неће ни обраћати суду да тражи расправу наслеђа, у којој ће бити за наследника оглашен. Он зна да је наследник, па, ако се и за живота сопственика налазио на имању овога, остаје где је, или се, кад му нико наслеђе не оспорава, и сам уводи у наслеђе, заузима га и њиме после располаже као сопственик, онако исто као што је то чинио и ранији сопственик за живота свога. Син, као такав наследник свога оца, хипотекује, па и продаје, наслеђену непокретност и суд му тапије које гласе на оца преноси на купца по уверењу општинског суда да је заиста син и једини наследник. Не тражи се и решење судије за ванпарнична дела да је наследник, још мање да је расправљена наследна маса и да су измирени сви очеви дугови, које би, може бити, овај имао. Али постоји и мишљење да све ово управо ништа не вреди, ако би се *доцније кадгод* појавили какви повериоци очеви који би тражили наплату из посмртнога имања очевога. Све имање, веле, долази услед тога сад „под масу“ умрлога да се из њега претходно наплате очеви повериоци за своја потраживања, јер, по § 490 Г. З., „*сви дугови умрлога на његовоме имању леже и отуда се исплатити морају*“; зато, кажу даље, наследнику припада само оно што после тога претече и што му судија као такав остатак, као *право* наслеђе, преда по прописима судског ванпарничног поступка (Правила о поступању у неспорним — ванпарничним — делима), те наследник *после* само тиме и може располагати.

Питање је, дакле, у томе: кад наследник, по нашем праву, постаје сопствеником посмртнога имања, да ли у самом тренутку смрти онога кога наслеђује или нешто доцније и, према томе, у каквом одношају наследник преко посмртног имања стоји према трећим лицима која из тога имања што потражују?

Имовноправни одношаји, као што је довољно познато, не престају смрћу свога субјекта него га надживљују. Само онај имовноправни одношај престаје смрћу свога субјекта, који би садржином својом био везан за саму личност овога, какво је н. пр. право уживања. О свима тим правима и обавезама што надживљују свога носиоца, што остају и после смрти овога онаки какви су и дотле били, говори се, кад се мисли на умрло лице коме су припадали (на оставиоца, defunctus-a), као о његовом *посмртном имању*,¹ а кад се мисли на лице које по смрти оставиочевој добивају за свога носиоца, као о *наследству* или *наслеђу*. Посмртно имање и наслеђе, дакле, само су два различна имена за исту ствар. Оба представљају један исти појам.

Трећа лица могу из посмртног имања што потраживати: 1, као повериоци оставиочеви у ширем смислу, под којима се разумеју не само повериоци чија потраживања правно постоје још за живота оставиочева, него и лица чија потраживања правно важе и могу да постану тек у тренутку или ускоро по наступелој смрти оставиочевој; то су она лица којима закон даје право на извесна потраживања из посмртног имања као таког, и легатари; 2, као наследникови повериоци. Одношај у коме ова лица стоје према посмртном имању и наследнику зависи од тога како је законом уређена правна природа посмртнота имања, а то је, пре свега, од тога: кога закон сматра за сопственика посмртнога имања, почевши од самог тренутка смрти оставиочеве; коме оно одмах по смрти оставиочевој припада, наследнику или ком другом, и, ако припада ком другом, онда ко је тај? Зависи, дакле, од питања: кад се, по закону, узима да је наследник прибавио наслеђе.

Ако је правна страна посмртнога имања тако законом уређена, да оно самом смрћу оставиочевом још никако не

¹ Налазим да је боље остати при називу посмртно имање него уносити за ово реч „заоставштина“ према немачкој речи Hinterlassenschaft (Verlassenschaft) у аустријском Грађ. Законику.

прелази у наследникову својину, него да га наследник тек доцније може прибавити само на неки законом прописани начин, онда, наравно, наследникови повериоци све дотле немају никаква права на посмртно имање у наплати својих потраживања и не могу у томе конкурисати оставиочевим повериоцима. И онда, разуме се, ни суд не би могао потврђивати преносе имања оставиочева које наследник чини, све док овај не би решењем судије за ванпар. дела доказао да је проглашен за наследника и да му се наслеђе предаје. Из тога било би још извести да наследник доиста наслеђује само оно што претече по исплати свих дугова, како неки хоће да разумеју наш § 490 Грађ. Зак.

Али посмртно имање може бити правно уређено и по принципу: да на место оставиоца долази, као субјект његових имовно-правних одношаја, одмах наследник, којег је принципа последица: да оставиочеви повериоци сад постају наследникови, онако исто као што су дотле били оставиочеви, јер на имовно-правне одношаје без утицаја је промена субјекта. Из извесних практичких разлога тај принцип може бити у последицама својим више или мање модификован, о којим модификацијама биће говора доцније.

I

Питање о времену прибављања наслеђа и *историјски* двојачко се јавља: или делат постаје наследником *непосредно по отварању наслеђа*, самом смрћу и у тренутку смрти оставиочеве, или постаје наследником тек доцније, *после изјаве своје да се наслеђа прима*. У овом другом случају бива још и то, да се прави разлика: или је потребна изјава *пред самим судом*, или се она може учинити и *изван суда*. Најпосле, ако се за прибављање наслеђа тражи изјава наследникова пред самим судом, може се још правити разлика да ли за свршено прибављање наслеђа треба томе још да *придође* и *предаја* наслеђа од стране суда или не.

Кад је делат и за живота оставиочева био на имању овога, какав је случај обично са децом која остају на имању и у кући свога родитеља, а како то и иначе у земљорадничкој кући бива, није тешко било увидети, да је, самим тим што је такво лице ту и имање од смрти оставиочеве држи у своје име, а уосталом у свему онако исто као и до-

гле — логично и природно узети да је то лице од тада и сопственик посмртнога имања, носилац свих права и обавеза оставиоочевих, дакле да је прибављање наслеђа још тада извршено. Зато је још у римском праву то и узимано тако за *оваке* случајеве. Ту је, дакле, и код Римљана већ сам позив на наслеђе, сама делација, била ова у тестаменту или закону, у исто време била и акт прибављања наслеђа. Непосредно с отварањем наслеђа, у тренутку саме смрти оставиоочеве, у таком се случају постајало наследником. Тако, Rudolf Sohm у својим Институцијама (ст. 650) каже: „Они, sui heredes, прибављају очево (односно дедово) наследство ipso jure, било да су у поједином случају ex testamento или ab intestato на наслеђе позвани. Зато њима не треба никакве изјаве да се наслеђа примају; сама делација за њих је у исто време и прибављање наслеђа“. А Х. Дернбург у својим Пандектама (III. ст. 105 и 106) каже: „Правило је да делат прибавља наслеђе тек изјавом своје воље да се наслеђа прима. То је важило за сва лица која нису стајала под влашћу оставиоочевом у тренутку смрти овога, за т. з. extranei или voluntarii heredes. Али је друкче са онима који су подчињени власти оставиоочевој. Они прибављају наслеђе и без знања и без воље своје, баш ако би оно било и дуговима преоптерећено. Да би се ослободили само овако презадуженог имања, претор им је дао право да се уздрже од наслеђа — beneficium abstinenti“. И Андра Ђорђевић у свом Наследном Праву (ст. 43) вели: „Наследници звани sui heredes (т. ј. кућна чељад која је стајала под очинском влашћу оставиоочевом до смрти његове) заједно са делацијом задобијали су отворено наслеђе, дакле по самом праву (ipsa lege)“.

Али као да нешто заиста друкче може изгледати ствар у оним случајевима где законом или вољом оставиоца назначени наследник не остане на имању по смрти оставиоочевој. Ранијега сопственика смрћу је нестало, за новог ту се још може ништа не знати. Наследник може бити и сасвим непознат, а може бити и спорно ко је наследник између њих више, па, ако је баш и познат, не зна се да ли ће се наслеђа хтети примити или га одбити. Посмртно имање у таком случају фактички је без субјекта свога. Али се оно при свем том може не само повећавати или смањивати из себе сама прираштајем сваке врсте него се, кад је у питању застаре-

лост или какав деликт, јавља као и да има свога носиоца, као да је његов субјект ту. Тако, и после смрти сопственикове тече застарелост за стицање и губитак права у погледу имања његова као и пре тога, ма да се још не само не зна за наследника, него и ако ту још није нико који би бар као старалац имањем управљао. Крађе, утаје, кривично-правног поништаја ствари може бити и над таким посмртним имањем, онако исто као и над сваким другим, нити ће коме данас на памет пасти да тврди, да је украдена, утајена или поништена ствар из овог посмртног имања исто што и ничија и да због тога нема ни кривичнога дела. А ако је још установљена и управа над посмртним имањем, ова може, за рачун субјекта његова, у кругу своје власти, улазити и у нове правне послове, чији ће субјект бити посмртно имање. Свакојако правно мора постојати и ту неки субјект, само је још питање: *ко је њај?* Али до поимања да и имање на коме по смрти оставиоца никога није остало, мора имати свога носиоца, некога коме оно од тренутка оставиоочеве смрти припада, није се тако лако дошло, и ако се данас нико не би усудио да тврди да се оно, као имање без господара, сме и разграбити. Некада је и то било сасвим друкче. По смрти оставиоца, док наследник још не би заузео посмртно имање, на ово се у Риму из почетка гледало заиста баш као на имање без господара, „пустињско“. Ово грубо посматрање оставило је врло приметне своје трагове чак и у времену кад је било потиснуто развијањем другог, финијег правног осећања. И ти сурови погледи на посмртно имање у староме Риму нису били тек само теорија него се тако баш и радило. Разграбљивање посмртног имања, све док га наследник није заузео, најпре се није сматрало за крађу и остајало је без казне. Било би, према томе, може бити доследно применити на њ окупацију, огласити сваког окупанта у таком случају одмах за сопственика, па ипак није се тако далеко отишло, него је установљена usucapio pro herede. Ко је годину дана одржао неку ствар из оваког имања, добијао је узукапијом положај наследника, потом и ствар. То је било схватање римских грађана, које је доцније сузбијено јуриспруденцијом и царским рескриптима, да би се посмртно имање заштитило и наследнику очувало. Идући томе циљу, дошло се до постављања појма о посмртном имању као правном лицу: да,

наиме, посмртно имаће скрива у себи и даље самог оставиоца, или наследника који репрезентује оставиоца, те тако да оставилац и даље остаје господар имања. Ово је *hereditas jacens*. То је нарочито заступао прослављени римски правник Јулијан, који је ауторитетом својим овом посматрању и задобио признање. На место грубог реалистичког схватања да је посмртно имаће „пустињско“, без господара, дошло је, дакле, супротно спиритуалистичко — помало фантастичко — схватање да је у посмртном имању репрезентована личност оставиоцева, како то вели *Дернбург* (Pandekten, III стр. 114). Тиме је прекинуто са *usucapio pro herede*. Прогрес у идејама и делима људским чешће се јавља у оваком ходу какав овде видимо. Из једне противности или крајности иде се у другу, док се не погоди прави пут који је више или мање средини близак.

Hereditas jacens је, дакле, посмртна или наследна маса, имаће као правни појам једне засебне, правне личности, имаће које је неком као наследнику деферовано, на које је неко за наследника позван самим законом или назначен последњом вољом оставиоца услед смрти овога (отворено наслеђе), али које он још није аквирирао, није прибавио. И то тако има да стоји све до изјаве делатове да се наслеђа прима (*aditio*). Та изјава, по римском праву, може бити и вансудска, па и прећутна. Кад делат заузме посмртно имаће у државину као своје, или кад у погледу тог имања учини ма шта што долази под појам права располагања (не само администровања), а из чега се може извести очевидно намера његова да хоће да је наследник, онда је већ у томе изјава воље његове да се наслеђа прима, и онда је то и акт прибављања наслеђа. То је *дѣлом* учињена изјава о примању наслеђа. Она је *прећутно* учињена, кад се делат и за живота налазио на имању оставиоцевом, па и после тога продужи државину овога, ничим не обележавајући да није вољан примити се наслеђа које већ држи. Према томе, свака изјава наследникова да се наслеђа прима, ма у ком облику била она дана, јесте акт прибављања или задобијања наслеђа и *од тада* је, по праву римском, сам наследник субјект свих права и обавеза оставиоцевих, сопственик посмртнога имања, онако исто као што је то био и оставилац, са дужношћу да испуни све обавезе оставиоцеве према трећим лицима. Али практички

дух римски створио је одмах и то правило: да сваки акт прибављања наслеђа дејствује повратно на тренутак смрти оставиоцеве, на само отварање наслеђа. Римско право узима, да наследник као субјект свих права и обавеза оставиоцевих објективно постоји и пре акта прибављања наслеђа, само се све дотле не може баш и именовати. Све до изјаве своје да се наслеђа прима, он је у овоме управо прикривен, те као да не представља себе него личност оставиоцеву, и зато све што би се за то време имало говорити о њему говори се о наслеђу, о посмртној или наследној маси, о *hereditas jacens*-у. Последица правног правила: да акт прибављања наслеђа има повратнога дејства на тренутак смрти оставиоцеве, јесте та: да оставиоца директно наслеђује наследник, а не тек преко посмртне масе као неке замишљене личности, дакле не најпре сама посмртна маса као наследник, ма да назначени наследник прибавља наслеђе после смрти оставиоца тек по протеклу неког времена, које може бити и доста дуго. Отуд још и то: да, ако би делат умро пре дате изјаве да се наслеђа прима, дакле пре него што би се деферованог му наслеђа примио, ово може прибавити његов наследник т. з. трансмисијом.

Аустриско право развило је, може се рећи, до потпуности ту идеју о правној личности као субјекту посмртнога имања. По њему, ово би имало да послужи још као тип за поимање правне личности код задужбина. До Грађанског Законика од 1811 важило је као закон то, да се власт код *сваког* смртног случаја имала да умеша и да посмртно имаће узме на чување у своје руке, да се не би разграбило и развукло, па, пошто попис буде уредно извршен и од нарочитих комесара поднесен извештај власти о свему, наследнику, на захтев његов, *предавао је суд наслеђе*. У ствари циљ је овоме био да се наследник уздржи од наслеђа за извесно време и да му се право на наслеђе не призна, баш ако би он и у својој фактичкој власти имао наслеђе, све док се не би на тај начин принудио да испуни извесне обавезе. Ова улога власти у питањима наслеђа имала је у прво време да послужи само фискалним интересима (наплатама пореза на наслеђа), али се после све више ширио круг оних интересованих који су тиме узимани у заштиту, те је као главни циљ изашло: извршење, по званичној дужности, потпуне ликвидације посмртнога имања, тако да се наследнику преда у руке само

актива. Кулминациона тачка томе била је у патенту од 9 септембра 1785 год., по коме је наследник, да би дошао до наслеђа, морао доказати: 1.) да је измирио порез на наслеђе; 2.) да је исплатио све легате; 3.) да је измирио све оставиоачеве повериоце, који, ако нису познати, морали су бити по званичној дужности јавно позвани да се јаве. Општим Грађанским Закоником од 1811 год. ублажен је знатно принцип по коме би се све то радило по званичној дужности: престало је по службеној дужности старати се за повериоце (§ 811 аустр. Г. З.) и за легатаре (§ 817), а као главни циљ целе процедуре истиче се извиђај по дужности само о томе ко је наследник. Патентом од 9 августа 1854 год. (§ 43), као законом о поступку судском у ванпарничним делима, отишло се још и даље, у колико је њиме карактер предаје наслеђа од стране суда наследнику оглашен као акт универзалне сукцесије, тако да за *све оно што се после тога пронађе као посмртно имање не треба више никакве предаје* (§ 179). У осталом тим патентом не чини се више никаквих промена у оном начелном посматрању на коме стоји аустр. Грађански Законик, а које ћемо посматрање сад овде изложити.

Dr. M. Штубенраух у свом Коментару аустр. Грађ. Законика (издање 1903. год.) код § 547 и 548 каже: „По римском праву, наследство се прибавља наследниковом изјавом воље, ма у ком облику та изјава била, да се наслеђа прима (*aditio*). Изјава наследникова према томе може бити и вансудска, шта више и прећутна (*pro herede gestio*). У Аустрији је пак из установе судског расправљања посмртне масе (§ 797) постало правно правило: *наследник има наследство да прими из руку суда*. Прибављање наслеђа преко суда поглавито је у томе што делат пред масеним судом даје изјаву о наслеђу онако како се то тражи § 799 и др. и што суд посмртно имање предаје у својину наследнику, пошто претходно испита и утврди „наследни основ“ и пошто наследник испуни извесне дужности на чије испуњење има се мотрити по дужности. Изјава наследникова пред судом да се прима наслеђа и предаја посмртног имања наследнику стоје једно према другом као потраживање и досуда, као тужба и пресуда“. Даље, Штубенраух тврди: да је „правило, да *прибављање наслеђа бива перфектно тек предајом, а не самом изјавом наследниковом да се наслеђа прима*, у више прилика

признато аустриским законодавством и да је скоро без изузетка овладало судском праксом“, па затим вели: да се „до предаје има сматрати за повериоца, одн. за дужника, посмртно имање, наследна маса, а не наследник који је дао изјаву да се прима наслеђа; и онда повериоци који из имовине умрлога што потражују имају своју тужбу да управе не против такога наследника него против наследне масе коју наследник представља, заступа“... „Делацијом добија се само право на наследство, а не и само наследство. *Наследство се у Аустрији прибавља редовно судом*. То судско прибављање бива за време расправе посмртне масе давањем изјаве пред судом од стране наследника да се прима наслеђа и на основу тога предајом наслеђа од стране суда наследнику који је ту изјаву дао“... „Као субјект посмртног имања за то време (од смрти оставиоачеве па до предаје имања наследнику) сматра се само посмртно имање. Оно је имање које мирује, „лежеће наслеђе“ (*hereditas jacens*), правно лице које свакојак само провизорно живи, јер чим дође пуноправно прибављање наслеђа ово повратно дејствује на смрт оставиоачеву, *у колико се то тиче само унутрашњег одношаја између оставиоца и наследника*, тако да, доцније посматрано, господарство (право сопствености) наследниково над посмртним имањем у том смислу везује се непосредно за господарство оставиоачево. Прибављањем наслеђа од стране наследника, а то бива редовно предајом наслеђа, завршује се привременост „лежећег“ наследства, свршава се посмртна маса. Све дотле наследник који је изјавио да се наслеђа прима само је представник посмртне масе, заступник њен, у главном старалац њен“.

На тај начин, по аустриским праву, имамо три личности које, као субјекти права једнога истога имања, једна другу смењују овим редом: *оставиоца* наследства до његове смрти, *hereditas jacens* до предаје посмртног имања наследнику и, од тада, *наследника*. Јер оно представљање, како пуноважно прибављање наслеђа повратно дејствује на тренутак смрти оставиоачеве, везујући наследника директно за оставиоца, у колико се то тиче самог *унутрашњег* одношаја између њих самих, очевидно ништа у томе погледу не мења, када остаје то да у одношајима „екстерним“, а то је према свима трећима, наследник све док му се наслеђе од стране суда не преда није сопственик, није субјект права и обавеза које

чине посмртно имање, него ово припада некако себи самом, чини неки засебан субјект. То повратно дејство прибавље-нога наслеђа предајом само је, по угледу на римско право, једно довијање којим се мислило објаснити како то да умр-лога делата, који сам за себе још није прибавио једно имање, и у овоме наследи његов наследник. Јер изјава наследника да се наслеђа прима, која је по римском праву акт прибав-љања наслеђа, по аустр. праву још није акт прибављања него се њоме, и то само кад је пред судом и онако како за-кон тражи учињена, задобија само *право потраживања* на слеђа. Пре те изјаве, делату још *не припада ни ово право потраживања*. Све што он тада још има, то је само његово право на таку изјаву: да прими или одбије наслеђе, и ето у том праву, ако би умро пре дате изјаве, њега наслеђује његов наследник, јер, и по аустријском закону, и то се право сматра као имање које се може наследити.

Сасвим је природно што су се код аустријских правника јавили с јаком критиком покушаји да се постави друга, боља теорија о разумевању односних прописа њиховог Грађанског Законика. Нарочито *Dr. J. Унгер*, у чувеном своме спису: *Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, ein Votum für deren Aufhebung*, 1862 год., свом снагом устао је против установе судске расправе посмртне масе као против једне ништа мање него накараде, тражећи да се она реформише, ако се не би имало храбрости да се одмах и сасвим укине. А Штубенраух, на наведеном месту, и сам каже: „Јуристичка конструкција прибављања наслеђа јако је спорна“, т.ј. спорна с обзиром на саме прописе аустријског Грађ. Законика о томе, а без обзира на односне прописе њиховог закона о ванпарничном поступку. „До сад постављене теорије дају се“, вели даље, „овако поделити у категорије: 1) прибављање изјавом на-следниковом да се наслеђа прима: доктрина римског права да се наслеђе прибавља делатовом, ма у ком било облику, изјавом о примању наслеђа, коју докторину заступа и за аустријско право Унгер у свом Наследном Праву ст. 147 и др.; 2) Прибављање предајом: Ранда, Крајнц Систем, II, ст. 517, Цајлер и др.; 3) Прибављање делацијом: Мајзел, који тврди да је прибављање наслеђа извршено *ipso jure* делацијом, али под суспензивним *conditio juris* да наследник хоће наслеђе (слично ономе како се државна служба даје једностраним

актом државне власти, под погодбом да се наименовани службе хоће да прими); 4) Нарочиту теорију о времену прибављања наслеђа поставио је и оштроумно образложио *Штајнлехнер*. Он сматра делацију као прѣви правни моменат прибављања наслеђа: једностраном вољом оставиоцевом, односно вољом закона, неко је назначен или позван за наследника; смрћу оставиоцевом та је воља постала непоречна, акт који се више не може опозвати, те је тиме правни акт делације постао перфектан, али још без дејства. Да би дошао до дејства, по-требно је да делат ту једнострану вољу прими, да на њу пристане. Изјава о примању наслеђа, као такав пристапак, према томе је, с једне стране, нешто више него само испуња-вање законске погодбе, она је саделатни (корелатни) моменат, има конститутивни карактер, а, са друге стране, има, слично сваком пристапку или саизвољењу, повратно дејство, па у толико и деклараторни значај.“ За ову Штајнлехнерову теорију Штубенраух вели: Изјава наследникова да се наслеђа прима, узета као одобравање делације, као пристајање на ову, објаш-њава *без натезања* (*in ungewollener Weise*) повратно дејство тога примања код тестаментног наслеђа, али наилази на тешкоће „код законске делације и код уговорног наслеђа.“ Но овим је Штубенраух отворено потврдио, да је свако повратно деј-ство изјаве о примању наслеђа, коме се прибегава кад се не признаје да се наслеђе прибавља самом делацијом, заиста само једно натезање, које је тим веће кад се, поред изјаве наследникове да се наслеђа прима, за свршено прибављање наслеђа хоће да тражи још и судска предаја наслеђа.

Очевидно је, према свему наведеноме, да теорија која учи да наследник самом делацијом још не прибавља наслеђе, него да га прибавља тек изјавом својом да се наслеђа прима, како је по римском праву, или да га ни тада још не при-бавља него тек предајом наслеђа од стране суда, како се узима да је по аустр. праву, у ствари још ни у колико не решава питање о субјекту посмртнога имања ни фикцијом да је за то међувреме носилац свих права и обавеза оста-виоцевих сама посмртна маса, као правно лице. Та фикција, ма какве садржине била, не само не може да промени факт да за све то време посмртно имање стоји без свога субјекта, пошто се наследник не признаје за субјекта, него се њоме, како *Унгер* каже, посредно баш признаје, да на тај начин

имање остаје без свога субјекта, јер иначе ни за фикцију, за један такав само замишљај да имање некако припада себи самоме, не би било никакве потребе. Самим замишљајем не може никако још да се промени оно што је стварност. Мислило се да се таким замишљајем, и онда установом посмртне или наследне масе за расправу наслеђа у сваком конкретном случају, одговара двојакој потреби и према томе постижу два циља, на име: 1) да се посмртно имање преда у својину само ономе за кога се том расправом утврди да је доиста прави наследник; 2) да се наследнику преда само чисто посмртно имање. Али се прво, наставља Унгер, показује само као једна узалудна и немоћна жеља или тежња, јер није нимало сигурно да се неће јавити ко други као прави или пречи наследник и после оне тако дуготрајне процедуре која је названа „судском расправом наследне масе.“ Јер по § 823 аустр. Грађ. Законика онај који се као наследник није јавио суду неће бити уведен у наслеђе, али тиме још није изгубио право на наслеђе него има права да ово потражује од онога коме је као наследнику предано, да га потражује тужбом за својину. Међутим нека се у судској расправи наследне масе пази колико се хоће, увек може после увођења неког као наследника у наследство да се појави и какав тестаменат којим се неко други позива на наслеђе, и овај још увек може тужбом ономе одузети наследство. Цела ова установа у томе је, дакле, противречна себи самој и процедура јој не одговара циљу. Судском расправом наследне масе у принципу се хоће апсолутно и дефинитивно да утврди право наслеђа, а у пракци она ствара само неки релативан и још спору изложен поредак у одношајима. Хоће се прави наследник, а добија се само вероватни, онај који не мора заиста и бити наследник. На што онда толика процедура, кад је резултат тако непоуздан и кад се такав резултат и без тога дâ постићи и брже и средствима много простијим? — Што се тиче оног другог циља, на име да се наследнику преда само чисто посмртно имање у наслеђе, може се рећи да је тачна и, уз то, врло стара идеја: да наследство треба наследнику само за онолико да је добитак колики буде позитивни остатак посмртога имања, по одбитку сваке пасиве. Али је аустр. право, вели Унгер, у томе далеко отерало и правило наопако узело. Јер док стоји то да наследнику по

овом правилу припада *свеколико* посмртно имање, сва права и *све обавезе* оставиоцеле, од кога имања он може да *задржи* само оно што му остане по одбитку дугова, дотле по оном наопаком, још и у данашњем аустр. праву продужаваном и у аустр. литератури завладалом схватању, наследнику још од почетка припада само чисто посмртно имање, тако да он *само онај позитивни остатак има да прими*. У ствари пак наследник има да прими све, како активу тако и пасиву оставиоцелеву, па после себи да задржи оно што му претече или остане после исплате дугова оставиоцелих.

II.

Као што видимо, посматрање да посмртно имање, све до предаје од стране суда наследнику, припада себи самом, да је оно једно правно лице, и да се претходно судском расправом посмртне масе има да утврди ко је наследник и, уз то, пречисте пријављена потраживања из посмртне масе, па тек по том имање преда наследнику — то посматрање већ одавно је осуђено као застарело и погрешно. Према томе, нама не може бити нимало потребно да такво посматрање натурамо српском Грађанском Законнику, ако га он није нарочито унео у своје прописе, при свем том што му је аустр. Грађ. Законик иначе изворник. Треба нам, дакле, упоредити бар главне законске прописе који се на то односе из нашег и аустр. законика.

Наш § 394 односно посмртог имања поставља принцип сасвим противан ономе у аустр. § 531, који гласи: „Скуп права и обавеза каквога покојника, у колико нису основана на чисто личним односима, зове се његовом заоставштином“, а после кога се, другим прописима, расправа сваке заоставштине суду ставља у дужност, тако да наследник наслеђе прибавља тек свршетком те расправе и предајом наслеђа од стране суда наследнику. Нашим § 394 не само што се посмртно имање не нормира у тако засебан појам, независно од наследника, него, на против, отворено се исказује: да „*после смрти* житеља српског добра његова, и права и *обавезе*, осим чисто личних, *прелазе као наследство* на другог“, а то је *на наследника*, дакле услед саме смрти и пре сваке расправе посмртне или наследне масе, а то значи без оног посредовања једне замишљене личности за какву се, по

аустр. праву, сматра посмртно имање. По нашем праву, дакле, нема hereditas jacens-a, нема посмртнога имања, нема „заоставштине“ или неке наследне масе чији субјект не би био наследник него која би била неко засебно, правно лице. У тренутку отварања наслеђа, а то је у тренутку саме смрти оставиоачеве, посмртно имање се везује за наследника као свога субјекта, пошто наследника мора бити, и ако се он у сваком случају не може одмах баш именовати.

И Андра Ђорђевић (Систем, књига IV, наследно право, ст. 44) вели: „Данас, на против, по многим законцима сам позив за наслеђивање *преноси*, по самом закону (*ipso lege*), наслеђе на *позваного*“, дакле да се самом делацијом прибавља наслеђе, као и да: „ни по нашем закону нема „лежећега“ наследства“. У истој књизи (ст. 15) Ђорђевић каже сасвим јасно: „Прибављено се наслеђе *спаја* са властитом имовином наследниковом у *једну целину*. Опустели правни одношаји оставиоачеви сјединили су се у новом правном предмету, у наследнику, а по *садржини* остали су *неизмењени*... Зато *наслеђена* права и обавезе трају и у наследника онако исто као што су и у оставиоца били, они од сада вреде као *властити* правни одношаји наследникови и за поступање са њима сасвим је све једно да ли су они постали у оставиоца или у наследника“.

Даље, доследно пропису § 394, наш закон § 485-им противно аустр. 797, не забрањује наследнику да наслеђе заузме и без суда. Он само каже: „Нико *не мора* наследство примити или заузети без пописа судског“, дакле: *ако хоће*, може га заузети *и без суда*, само тада, како наш закон каже, „сам себи нека следства припише“. А која су та следства? она су поглавито у томе што ће такав наследник за сва потраживања оставиоачевих поверилаца из посмртнога имања одговараги *и својим имањем, а не само наслеђеним*. На то се може приговорити да је ово слаба утеха за повериоце оставиоачеве, кад наследник може не само немати какве своје активе него може и заузето наслеђе одмах отуђити или везати за своје дугове, те тако оштетити повериоце оставиоачеве. То је истина, али, пре свега, зар положај оставиоачевих поверилаца није био у том погледу исти и за живота оставиоачева? Незаложне повериоце могао је и сам оставилац тако исто оштетити отуђењем и оптерећењем имања. Да би



их од тога заштитио, закон им је дао право на *actio Pauliana* (§ 303 а Г. З.). Тим истим средством они се могу послужити и против наследника у случају несавесног отуђења, па се могу за безбедност својих тражбина послужити и свим осталим средствима обезбеђења, онако исто као и кад би оставилац као дужник још био у животу, или и стечај тражити. Али због потребâ јавнога кредита, са обзиром на то што поверилац при кредитовању заиста може рачунати само са личношћу и приликама свога сауговорача као дужника, а не и с тим колико ће овај живети и ко ће му бити наследник, оставиочевим повериоцима дато је и код нас још једно нарочито средство тачком 7 чл. 53 нашег ванпарничнога поступка, по коме пропису они могу по смрти свога дужника тражити попис његова имања, издвајање и немишање овога на штету њихову са имањем наследника, дакле спречити наследника у располагању наслеђеним имањем у колико би то располагање могло бити на њихову штету. Ако повериоци оставиоачеви при свем том не би ништа предузели за сигурност својих потраживања, онда су за то сами криви и не могу имати права да очекују да држава, узимањем посмртног имања у своје руке, води рачуна о њиховим приватно-правним потраживањима и *по званичној дужности* их ликвидује. — Други приговор могао би се састојати у томе, да, кад је наслеђе слободно заузети и без суда, може га заузети и онај који на то нема права и тиме оштетити право наследника, а наступили би и заплети шта ће бити с оним правним пословима које је закључио такав самозвани наследник односно заузетог посмртног имања. Ако при том не узимамо у обзир и случај када би неко, под изговором да је наследник, злонамерно заузео оно на шта права нема, јер би то имало криминалноправних последица, од којих нас довољно штите кривични закони, онда остаје само још то, да наслеђе може заузети и онај који само мисли да је наследник и верује да од њега нико није пречи, а који то у ствари не би био, јер постоји други као прави наследник који ће се после као такав и јавити. Али ми смо већ видели, да то исто може да буде и тамо, где је наследнику забрањено заузети наслеђе док му га суд не преда, да и онај кога суд прогласи за наследника и наслеђе му преда може да се покаже да није прави наследник и да се после свега појави

неко други који ће на наслеђе имати више права, бити прави наследник. У осталом правом наследнику и треба оставити да се такође сам стара да наслеђе које њему припада не оде у руке коме другом као наследнику, онако исто као што сваки у првом реду треба сам да се стара за своје право својине, нити држава по правилу треба у то да се меша све док интересовано лице не би затражило ту њену интервенцију. Право на наслеђе у ствари само је једно приватно право за које, по правилу, важи принцип: да се држава у његову расправу не меша, ако интересовано лице то не тражи. За повериоце оставиоцеле то је у толико боље што им може бити лакше доћи до поништаја правних послова кад привидни наследник, који је те послове са трећим лицима у погледу заузетог наслеђа закључио, није и судом био за наследника проглашен, јер су то послови очевидно закључени само на ризик учесника и под претпоставком да су закључени доиста са наследником, о чем су учесници у тим пословима били дужни претходно уверавати се, па, по потреби, тражити од наследника и судску легитимацију.

Принцип немешања државе у приватноправне одношаје странака, све док интересовано лице не би то од ње нарочито затражило, има се, дакле, применити и у питањима о посмртном имању или наслеђу. Из тога излази, да заузимање наслеђа по правилу и бива без суда, а само изузетно преко суда, и да за сам акт прибављања наслеђа није потребна никаква радња суда него да оно бива *ipso jure*, у тренутку саме смрти оставиоцеле, као тренутку отварања наслеђа. То важи као принцип у правима модерних држава, па и у нашем праву, а изузетак од тога чини аустр. Грађански Законик, коме, дакле, није и у том следовао наш Грађ. Законик. Према томе, по нашем праву наслеђе се истина може примити: 1) изречном изјавом наследниковом пред судом да се наслеђа прима, са ограничењем или без ограничења, али и 2) сваким делом које несумњиво показује вољу наследникову да се наслеђа прима, онако као што то бива и код правних послова у опште по § 532 Грађ. Зак., у ком случају примање наслеђа је увек без ограничења.

Зато ни наш § 490 није нити је могао бити онакав какав је § 822 аустр. Грађ. Законика који му одговара. Тако наш § 490 гласи:

„Будући да сви дугови умрлога на његовом имању леже, и отуда се исплатити имају, зато ће се онда тек право имање умрлога имати, кад се сви дугови одбију, и управо исплате“.

А аустр. § 822 гласи:

„Наследникови повериоци могу истина наследнику припало наследно добро и пре извршене предаје забранити, пописати или ставити на њ прибелешку. Ипак тако се обезбеђење може дати само са изречном напоменом, да оно не може шкодити правима које се при расправљању заоставштине појаве и да важи тек од времена извршене предаје“.

Наш § 491, дакле, не каже да повериоци наследникови не могу имати залог на наслеђеном добру пре судске предаје наслеђа наследнику, а још мање и пре ликвидације дугова оставиоцелих, и да залога, ако су је добили, важи тек од дана судске предаје наслеђа, како је по аустр. § 822, т.ј. да у односу на оставиоцеле повериоце залога не важи, да се сматра као да је и нема. Из разлике што је по нашем праву наследник сопственик посмртнога имања све од тренутка смрти оставиоцеле, а по аустр. праву тек од дана судом предатог му наслеђа, из те разлике потиче и разлика ових двеју законских редакција.

По аустр. праву, суд по службеној дужности у сваком случају мора узети у своје руке расправу питања о наслеђу. Од тренутка смрти оставиоцеле, па све до предаје посмртнога имања наследнику, тим имањем управља држава. И после дате изјаве да се наслеђа прима, наследник, по аустр. праву, највише још може бити само у улози стараоца тога имања. Пре тога, оно још не припада наследнику, него некако себи самом, као неком замишљеном субјекту, па ни по учињеној предаји ова нема повратног дејства према трећима. (Krainz Sistem, II, ст. 580 и 680). Према томе, свако залагање посмртнога добра за рачун наследникових поверилаца, учињено пре судске предаје посмртнога имања наследнику, имало би се сматрати као залагање туђега добра и због тога без икакве важности. Да не би на то изашло, како би, доследно, морало бити, поменути § 822 чини се овом принципу апсолутне неважности само једна концесија тиме што се прописује, да такво залагање релативно важи, наиме да важи од дана судске предаје наслеђа, а то је да важи само према поверио-

цима наследниковим, у које се убројавају и они оставиоци који би пристали да буду наследникови повериоци. Наше право поставља томе баш противан принцип у § 487 Грађ. Законика, наиме: да се суд, *непозван*, у попис посмртнога имања, па, дакле, ни у управу преко постављеног стараоца, *не меша, осим случаја где му закон то налаже*. Случајеви у којима то *закон налаже* јесу ови: 1) кад на имању остану само малолетници и 2) кад никога на имању нема. А *позван* може бити суд да се у имање умеша од стране интересованог лица, какво је у првом реду сваки онај који би се могао као наследник појавити, па онда и сваки који би из посмртнога имања имао што потраживати. Суд је дужан томе позиву одазвати се. Наследник, коме ни од кога не би било оспорено право наслеђа, може га по нашем праву заузети и на њему остати, јер је он по самом закону од тренутка смрти оставиоцие субјект свих права и обавеза његових, сопственик имања оставиоцие. И онда сасвим природно у нашем Законику није могла бити изречена забрана залагања наслеђених добара за рачун наследникових поверилаца.

Из свега и сувише јасно излази значење § 490. Оно није и не може бити у томе: да залагање оставиоцие имања за рачун наследникових поверилаца не вреди. Није већ по томе што би, да се то хтело, § 490 био редигован као и аустр. § 822, т.ј. у њему би то било и речено; па онда није ни по томе што би то било противно свеколиком схватању на коме, стоји наш Грађ. Законик у погледу посмртнога имања. Његово је право значење у оној напред већ исказаној и, како *Dr J. Унгер* наводи, још код *Цицерона* запаженој мисли: да наследство може и треба наследнику само за толико да буде добитак колики му буде позитиван остатак посмртнога имања по одбитку пасиве, али да наследнику од почетка припада све посмртно имање, сва права и обавезе оставиоцие, од кога ће имања он, пошто измири дугове, имати само оно што му остане, задржаће себи само оно што по исплати дугова оставиоцие претече (*Ungers das oesterreichische Erbrecht 1894, ст. 133, нота 18*). У том смислу заиста, како се у § 490 каже, „дугови умрлога леже на његовом имању“, јер их плаћа онај чије је оно сада, наследник, онако исто као што би их и оставилац плаћао да је жив, и онако исто као што

се за дугове свакога дужника каже да их он имањем својим плаћа, да они на овоме леже. У овом случају наведеним речима исказан је више разлог зашто *наследник* исплаћује дугове *оставиоцие*: зато што је у њега оставиоцие имање. А и овако наследнику не може од посмртног имања ништа друго остати него само оно што претече по исплати дугова, наравно у колико би се повериоци користили својим правима.

Противно аустр. праву, које узима да наследник, ма да би и у својим рукама имао наслеђе, ово не може прибавити, да још није наследник него само делат све док му га суд у наслеђе не преда, наше право узима наследника за сопственика тога имања по самом закону услед саме смрти оставиоцие. Последица је тога да је код нас без значаја разликовање делације од примања наслеђа, као и да код нас нема трансмисије. Наследника који умре пре него што би дао изјаву да се прима наслеђа или да га одбија наслеђује, као таког, а не само као делата, његов наследник, наслеђује га и у овом као већ наслеђеном или прибављеном имању, без штете наравно по своје право да одбије наслеђе ~~или~~ ^{или} једно ~~или~~ ^{или} друго или и оба. Наследник има права да одбије наслеђе, које се по самом закону прибавља у тренутку отварања наслеђа, па то право мора имати и његов наследник. Само наследник који је већ одбио наслеђе сматра се да није ни био наследник, узима се као да га од почетка нема, да наслеђе, дакле, није ни прибавио, те да на ово ни његов наследник не може имати никаква права. Друга је последица схватања на коме стоји наше право та, да оставиоцие повериоци услед смрти оставиоцие постају повериоци наследникови. Лица су пролазна и више су случајно ту, а одношаји остају као оно што је трајно и главно. На тај начин оставиоцие повериоци и повериоци наследникови имају, као лични повериоци, подједнако право у наплати својих тражбина из свеколиког имања, како наслеђеног тако и наследниковог властитог. Принцип, дакле, захтева, да наследник одговара неограничено и да не буде разлике између оставиоцие и наследникових поверилаца. Али би то често било и штетно и неправедно, како по наследника тако и по оставиоцие повериоце. Наследник, не слутећи какви и колики дугови оставиоцие постоје, изложио би опасности и своје властито имање; а оставиоцие повериоци били би остављени тешкој судбини и могли би

бити веома оштећени конкуренцијом наследникових поверилаца, ако би наследник имао дугова више него што има свога имања. Зато, као год што се наследнику оставља на вољу да се наслеђа може не примити друкче него с ограниченом одговорношћу, тако се исто и повериоцима оставиочевим оставља на вољу да траже, да се посмртно имање држи одвојено од имања наследникова, да се та два имања не слију у једно имање, него да се имање оставиочево најпре употреби само за намирење њихово, оставиочевих поверилаца, а то је: да се наследнику не допусти располагање (залагање или отуђење) наслеђеним добром *на штету њихову*. На тај начин осигурани оставиочев поверилац стоји као какав заложни поверилац испред сваког наследниковог повериоца. То је римска установ *separatio bonorum*, која је у нас, како је напред већ речено, нашла места у тач. 7 чл. 53 ванпарничнога поступка. Њоме оставиочеве повериоци могу, ако за потребно налазе, да стану на пут конкуренцији наследникових поверилаца. Сепарацију, као право које стоји ~~до воље употребити~~ га или не употребити, не морају тражити сви оставиочеве повериоци него је може тражити и само поједини од њих, па и тај не мора тражити сепарацију за целу своју тражбину него је може захтевати и за један део тражбине. Сепарација се не мора распрострети ни на свеколико посмртно имање него може бити и само за онолики део његов колики ће бити довољан за измирење тражбине за коју се сепарација захтева. И онда према ономе ко је и за колико је тражио сепарацију, према томе и за толико је наследник ограничен у располагању посмртним имањем, т. ј. свако залагање и отуђивање овога сепариранима имања после тога извршено без вредности је у односу на повериоца који је сепарацију тражио, не вреди, ако је и у колико је на штету овога. Сепарацију на захтев поверилаца оставиочевих наређује судија. Томе захтеву нема места: 1) ако је оставиочев поверилац који би сепарацију хтео већ примио наследника за свога дужника; 2) ако је имање чија се сепарација тражи већ сједињено с имањем наследниковим, тако да се сад више не да одвојити; 3) кад је од дана прибављеног наслеђа протекло законом одређено (ако је закон то одредио) време за захтевање сепарације.

Ако би сепарација дошла после изјаве наследникове да се наслеђа прима без ограничења, оставиочеве повериоци

који су сепарацију тражили, па из посмртног имања остали неизмирени, немају права тражити наплату за неизмирене остатке своје тражбине из наследникова имања.¹

Са друге опет стране као год што је оставиочевим повериоцима дато право да се сепарацијом посмртнога имања заштите од конкуренције наследникових поверилаца, исто тако и наследнику је дато право да примањем наслеђа са ограничењем заштити своје властито имање од потраживања оставиочевих поверилаца, на име тиме што ће овима бити одговоран само *у границама вредности* посмртнога имања. Примање наслеђа са ограничењем у томе има сличности са сепарацијом коју би захтевали оставиочеве повериоци. И у једном и у другом случају хоће се немешање оставиочевих и наследникових поверилаца, наплаћивање оставиочевих поверилаца из посмртног имања и због тога држање овога одвојено од осталог имања наследниковог, односно вођење засебног рачуна о вредности наслеђенога имања од укупног имања које наследнику припада, кад су у питању оставиочеве повериоци. Наравно да се наследник, својим правом на изјаву о ограниченој одговорности може користити само ако пре тога односно посмртног имања није ништа чинио што би објављивало вољу његову да се изван суда већ прими наслеђа, какво је примање увек с неограниченом одговорношћу. Јер изјава о примању наслеђа, ма у ком била облику, једном учињена, остаје стална, као и изјава о непримању или одбијању наслеђа, и не може се више опозвати. У том случају, дакле, увек кад се наследник примио наслеђа без ограничења, оставиочеве повериоци који нису тражили сепарацију имања имају права да оба имања, и

¹ Постоји и друго, противно мишљење, по коме такав наследник одговара овим повериоцима оставиочевим и својим властитим имањем. Оно се оснива на том разлогу да је право сепарације само једна бенефиција дата оставиочевом повериоцу, те по томе да и поред ње остаје одговорност наследникова онака каква је, кад се неограничено примио наслеђа. Мислим да ово није тачно. Поверилац који што потражује из посмртног имања може бити једно од тог двога: или поверилац оставиочев или поверилац наследников, а не у исто време и једно и друго. Кад оставиочев поверилац одбије да прими наследника за свога дужника и од овога се због тога одузме посмртно имање, онда доследност хоће да од оваког повериоца буде слободан наследник, односно наследниково властито имање (Dernburg, Pandekten III ст. 345).

оставиочево и наследниково, сматрају као једно имање из кога се могу наплатити. Они се тада у спору за наплату својих потраживања обраћају тужбом суду, управљеном директно против наследника, међутим у случају добивене сепарације посмртнога имања, или кад се наследник примио наслеђа са ограничењем, као и док још нема никакве изјаве наследникове, ни судске ни вансудске, о примању наслеђа, они се таком тужбом могу обратити само против „посмртне масе“ оставиоचेва (н. пр. против масе умрлога Петра Марковића), која као имање у истини не припада ником другом него наследнику, али којом овај још никако не располаже или располаже, али само непотпуно и с извесним ограничењима, због чега посмртно имање може имати и нарочитог стараоца, засебну управу своју, па ма тај био и сам наследник. Само не сме се губити из вида да ова „посмртна маса“, којом се хоће држање посмртног имања одвојено од имања наследникова, није ни у ком случају оно што је у римском и аустр. праву *hereditas jacens* или „лежеће“ наследство које, по тој старијој доктрини, још никако не припада наследнику у својину и коме се због тога субјект само замишља.¹ Јер посмртно имање од самог тренутка смрти остави-

¹ Тако, Андра Ђорђевић раније, у Бранику за 1904 год. (ст. 263 и др.), у својој расправи: *Наследно Право*, био је тврдио: да „и у нашем Грађ. Законику није јасно исказано кад и како наследник задобива наследство у својину; да ли га, као по француским и другим законима, задобива *ipso iure*... или, као по аустроугарском законику, тек пошто му суд, услед изјаве његове да се наслеђа прима, досуди исто и уведе га у државину истога... Судећи по § 394... могло би се замључити: да прелазак наслеђа у својину наследникову бива *ipso iure*, да наследник у часу отварања наслеђа задобива заоставштину умрлога у своју закону државину... дакле да и по нашем законику може бити прећутног примања (акцептације) наслеђа и да нема лежећег наслеђа (*hereditas jacens*-а). Тај закључак поткрепљују и §§ 486 и 487“. За овим, наводећи прописе из Правила о поступању у ванпарничним делима (о којима ће бити говора доцније), Ђорђевић налази: да се мора извести „да у већини случајева и у нас *придављање наслеђа* бива *изјавом* наследника да се наслеђа прима и да га у државину истога *уводи* судска власт. По томе у нас може бити *лежећа наследства* (*hereditas jacens*).“ Најпосле Ђорђевић тврди: у лежећем наследству правна личност умрлога и даље постоји... па с тога се са заоставштином умрлога поступа све до ступања наследникова у државину истога онако као да га још држи само умрло лице. Ово... важи и за наше законодавство, јер се заоставштину умрлога, док се год питање

очеве није никога другог него наследника, овај је његов субјект, сопственик; већ тада је, дакле, наслеђено, без обзира који је баш по имену тај наследник. Као такво, посмртно се имање одмах слива у једну целину са дотадањим имањем наследниковим, и оставиочеви повериоци постају наследникови. То је принцип. Право сепарације и право примити се наслеђа с ограничењем само су његове модификације које нити га ниште нити га могу ништити. Ако је случај да се интересовано лице (оставиочев поверилац или наследник) користило овим правом, наследник опет остаје то што је, субјект посмртнога имања, сопственик његов, и оно и даље са осталим наследниковим имањем чини једну целину, али у извесном погледу води се о њима само један засебан рачун, који одговара ономе праву сепарације и ограничене наследникове одговорности. Зато тужити посмртну масу сада правно значи тужити наследника за наплату тражбине из наслеђенога имања, не правећи даље какве разлике између наслеђеног и наследниковог имања. Бити оставиочев поверилац сада правно значи то што и бити наследников поверилац, само с пречим правом наплате из наслеђенога добра од осталих наследникових поверилаца.

Наш Грађански Законик ништа не говори о праву оставиочевих поверилаца на сепарацију наслеђенога имања. Оно, у осталом, и има изближе, у погледу поступања, да се одреди законом о поступку судском у ванпарничним делима. Зато се оно, ненапоменуто у Грађ. Законику, налази бар напоменуто у Правилима о поступању у ванпарничним делима, на име у тач. 7 чл. 53, где се вели да ће судија, ради расправе масе, поставити стараоце имања још и тада: „кад повериоци умрлога затраже, да се имање овога одвоји од имања наследника. Но ово одвајање могу тражити само онда, ако би њихово право могло доћи у незгодан положај, кад би се имање наследниково мешало са имањем умрлога“. Овим последњим хтело се да се, с једне стране, нахођењу

о наслеђу исте не расправи, сматра као *имовина умрлога*. Отуда и израз: *маса умрлога* Н. Н.“

Али је Ђорђевић брзо увидео да наше право у истини не гледа тако на посмртно имање, па је, како је већ напред наведено, у свом Систему (књига IV, *Наследно Право*, ст. 44), одсудно изрекао: да „ни по нашем закону нема лежећег наследства“.

самих поверилаца остави да траже или не траже сепарацију, што је и сасвим природно, а са друге стране, да се повериоцу, који би већ имао довољну и сигурну залогу, може и не допустити сепарација. Залог је што и сепарација, у толико пак и јача, што по њој оставиочев поверилац који је има долази не само испред наследникових него и испред осталих поверилаца оставиочевих. При свем том да се дискутовати да ли се може и у том случају не допустити сепарација, или је она у сваком случају само и апсолутно нахођењу повериоца остављена. У осталом право оставиочевих поверилаца на сепарацију посмртнога имања, ако и није поменуто у Грађ. Законнику, мора се извести из његових прописа о посмртном имању или наслеђу. Оно је потребна предрокрана оставиочевим повериоцима од наследника који би хтео да одговара неограничено. Праву наследниковом на неограничену одговорност одговара право оставиочевих поверилаца на сепарацију.

Треба нам још напоменути, као разлику нашег права од права аустриског, да је по аустр. праву сепарација посмртног имања двојака: *законска* и *вољна*. Прва постоји по самом закону, те нема потребе да се нарочито тражи. Она се јавља као последица посматрања које је усвојило аустр. право у погледу правне природе посмртнога имања. По томе праву, као што смо видели, наследнику није допуштено заузети наслеђе него мора чекати да му га суд преда, пошто претходно код суда изјави да се прима и како се прима наслеђа. Оно у Аустрији припада наследнику у својину тек кад му га суд преда (по пракси која је тамо, како Штубенраух тврди, скоро без изузетка; а по Унгеру, оно би му по самом аустр. Грађ. Законнику, без обзира на остало законодавство, имало да припадне у својину од дана дате изјаве да се наслеђа прима). Све дотле наследник управо и није наследник него само делат, лице за наследника само назначено. Зато све дотле сепарација посмртног имања постоји у корист поверилаца оставиочевих по самом закону; само ако хоће да је имају *и од тада*, морају је нарочито тражити. Повериоци оставиочеви дужни су, дакле, тек од изјаве наследникове да се наслеђа прима водити и сами рачуна о томе, да суд не огласи кога за наследника и наслеђе му преда пре него што би се они сепарацијом обезбедили, ако то хоће, т.ј. ако неће

да од оставиочевих постану наследникови повериоци. Последица је овог аустр. схватања наравно та, да повериоцима оставиочевим никакву штету не може нанети обезбеђење које би какав наследников поверилац добио на посмртно имање пре судске предаје наслеђа, а после само у том случају, ако не би и они, не користивши се правом сепарације, постали наследникови повериоци. По нашем праву то је сасвим друкче, управо у толико друкче у колико је код нас акт прибављања наслеђа свршен по самом закону још у тренутку смрти остајвиочеве самом делацијом, чак и без обзира на то да ли је посмртно имање тада у рукама делатовим и, ако није, овага може увек и сам заузети. Зато је дужност оставиочевих поверилаца да се још од тада сами старају за безбедност својих тражбина сепарацијом оставиочева имања. Код нас, дакле, нема законске сепарације у наведеном смислу, него сепарација може доћи по правилу само вољом и на захтев интересованог лица, за какво се сматра сваки у ширем смислу поверилац оставиочев. Зато код нас оставиочеви повериоци за тражење сепарације немају шта ни да чекају на изјаву наследникову да се наслеђа прима, са обзиром још нарочито на то што та изјава може бити и вансудска, него, ако сами својом вољом нису изречно већ дали пристанак да су повериоци наследникови, треба да траже сепарацију чим осете да по њих може бити штетно наследниково располагање посмртним имањем. Сваки доцније учињени захтев сепарације може се односити само на оно имање које у томе тренутку још није престало бити посмртно имање у рукама наследниковим, а не и на оно које је и у колико је по наследниковом праву располагања већ изашао испод власти наследникове и тиме сасвим изгубило карактер посмртнога имања.

III.

Да видимо сад каква је у том погледу пракса код наших судова. Већ смо казали да суд при отуђењу оставиочевих непокретних добара од стране наследника не тражи и решење судије за неспорна дела о томе да је овај заиста наследник, а још мање да му је посмртно имање као такоме и предао на располагање. Тиме се, дакле, и у пракси стало на гледиште да се наследником постаје по самом закону, да наследник у тренутку отварања наслеђа постаје сопстве-

ником посмртнога имања и према томе да је слободан њиме располагати. Могуће је, наравно, да је он по неком основу ограничен у том располагању, али суд то ограничење, по § 214 Грађ. Зак., не сме да претпоставља. Ограничење ће имати да докаже онај који би тврдио да оно постоји, и онда ће пренос важити као под теретом тога ограничења учињен. Тако, ако би који поверилац оставиочев доказао, да је пре тога тражио сепарацију посмртнога имања за сигурност свога потраживања, онда овај пренос неће имати важности и према њему, што значи важиће само под теретом његова потраживања. При преносу посмртнога имања суду је потребно само то, да се наследник који пренос чини легитимује као наследник начином који сумњу не изазива, за шта се узима као довољно уверење надлежнога општин. суда, прописно издано. Разуме се по себи да ће суд при том, по званичној дужности, водити рачуна о личној способности наследниковој да располаже својом имовином, као што се у опште при утврђивању правних послова по споразуму странака по званичној дужности има старати да су странке, које за то судску потврду траже, правно способне за предузимање тих послова.

Што се тиче права сепарације, оно се код нас у пракси јавља као захтев *оставиочевих поверилаца* за „образовање масе“ умрлога лица. По таком захтеву, судија за неспорна дела тражи од општинског суда подношење извештаја о смрти, ако га већ није добио, и наређује попис имања умрлога лица и именовање старалаца. У ствари то је издвајање посмртног имања од имања наследникова у корист оних који су то тражили.

Попис имања и постављање старалаца судија ће, разуме се, још наредити и кад то тражи онај који се за наследника сматра, као и у сваком случају где му то закон, и без ичијег захтева, у дужност ставља, какав је случај кад су наследници малолетни, а није случај задруге у којој би било бар једног пунолетног задругара, или кад имање остане без наследника, те се као наследник може јавити држава. На захтев наследника предузима се попис тога ради, да би се наследнику, који није у стању да се изјасни како се прима наслеђа, ограничено или неограничено, док не би из пописа видео колико је посмртно имање (актива и пасива), дало мо-

гућности да се у томе одлучи. Пошто и ово може изгледати као нека врста издвајања посмртнога имања вољом самога наследника, може бити питање: да ли га треба сматрати и као издвајање учињено на захтев оставиочевих поверилаца? Тако исто, кад се наследник, који се каквим актом изван суда, дакле неограничено, није пре тога примио наслеђа, пред судом изјасни да се наслеђа прима с ограничењем, могу ли оставиочеве повериоци на то гледати као и на сепарацију имања извршену и у њихову корист? Прво очевидно није још никакво одвајање имања у корист оставиочевих поверилаца. Попис имања не само није учињен на њихов захтев него ни у циљу њихове заштите од наследника и његових поверилаца. Учињен је на захтев наследника и у сасвим другом циљу, у циљу да би се наследник могао одлучити *како* ће се примити наслеђа, са ограничењем или без ограничења, или, ако је попис са проценом извршен по службеној дужности (какав је случај кад је наследник малолетан), и у циљу да би се обезбедила управа имањем. Оно друго, изјава наследникова да се прима наслеђа са ограничењем, којој је изјави претходио попис са проценом или услед које би попис и процена дошли, у суштини је, као што је напред већ речено, исто што и одлука о сепарацији имања у корист оставиочевих поверилаца. Само у толико може не бити исто, ако и у колико у конкретном случају може бити разлике између одговорности наследникове за вредност посмртног имања, каква је одговорност наследника који се прима наслеђа са ограничењем, и одговорности наследникове самим посмртним имањем, каква је одговорност његова кад је сепарација извршена на захтев оставиочевих поверилаца. А вредност посмртног имања у тренутку отварања наслеђа и вршења пописа са проценом може заиста не бити равна вредности посмртнога имања у тренутку исплаћивања потраживања оставиочевих поверилаца. Осим тога, вредност по процени приликом пописа може не бити тачна, не одговарати правој цени ни тада. Кад је случај да је стварна вредност проценом повећана, наследник ће се помоћи тиме што неће сам исплате чинити у границама те вредности на рачун посмртног имања него ће пустити да се оставиочеве повериоци измирују из самог посмртног имања. Али кад је стварна вредност проценом умањена, наследник ће наравно похитати да у грани-

цама те вредности по законом реду исплаћује оставиочеве повериоце. Штету, коју би отуд могли имати, оставиочеви повериоци гледаће да отклоне од себе тражењем стечајнога поступања од стране суда.

Али пракса судска може још да се види из спорова који се по који пут воде између незаложних поверилаца оставиочевих и заложних поверилаца наследникових који су наслеђено добро добили у залогу за своје тражбине, дакле кад се наследник неограничено и изван суда примио наслеђа, а оставиочеви повериоци пре тога нису тражили издавања посмртнога имања. Тада наследникови повериоци траже да се за своје тражбине наплате из тога добра по праву залогне, а повериоци оставиочеви то не допуштају, него траже да се они првенствено наплате, зато што наследнику, веле, припада само оно од оставиочева имања што по исплати дугова претече, позивајући се при том, како смо већ у самоме почетку навели, на § 490 Грађ. Законика.

Из саопштења једног таког спорног случаја у Збирци Ст. Максимевића (Књ. I, ст. 23) види се, да је спор расправљен у корист заложног наследниковог повериоца примедбама одељења Касац. Суда од 9-VI-1872 год. бр. 2149, усвојеним и одлуком Опште Седнице Касац. Суда од 16-IX-1872 год. бр. 2643. Уз то саопштење стоји тврђење г. Максимовића (1894 год.) да је питање и доцније расправљано у истом смислу. Разлог за таку солуцију у тим примедбама овај је: што по § 394 Грађ. Зак. на наследника прелазе сва права и све обавезе оставиоца наследства какве су и пре тога биле и што по § 320 и 327 Г. З. залога даје право на првенство у наплати. Осим тога, у 1902. години, расправљен је код наших судова још један такав спорни случај, који ћемо овде изложити.

По смрти оца Ј., на имању, у кући његовој, остану његова два пунолетна сина: С. и Б. као једини наследници. Наслеђе им нико и не спори, нити они налазе за потребно да траже да их суд за наследнике огласи. Они очево имање уживају и сматрају себе за сопственике, онако исто као што их и сви трећи за сопственике сматрају. То тако траје годинама. Доследно томе, у току времена један од њих, млађи брат Б., допусти и хипотековање своје половине тако наслеђеног добра за дугове своје. Доцније та Б. половина буде,

као његова својина, изложена и јавној продаји за његове дугове за које је хипотекована и купи је сам онај други наследник, Б-ов старији брат С. који на тај начин постане сопствеником свега наследнога добра, и, по извршности продаје, новац дође суду на распоред. Али се сад сам купац и други наследник С. јави као лични поверилац свога умрлога оца Ј. по неколиким облигацијама овога од „узетога новца на зајам“, па тражи, и ако је посмртно имање продато, обрадовање масе очеве и уношење продајом добивенога новца у масу, не допуштајући да се тим новцем исплаћују заложни повериоци за чији је рачун имање продано, него да се прво он наплати за оно што му отац по поднесеним облигацијама дугује, т. ј. за половину тога дуга, пошто друга половина пада, вели, на део који он наслеђује. На парницу је био упућен оставиочев поверилац С. Спор је прешао све три инстанције и свршен је у корист хипотекарних наследникових поверилаца, а на штету личног повериоца оставиочевог (Решење Касац. Суда од 9. августа 1902. год. бр. 5190).

Пресуда, оснажена овим решењем Касац. Суда, заснована је на томе: да је признањем парничара утврђено, да је оставилац имања умро без тестамент¹ и да су његови наследници синови му С. и Б.; да по смрти српског грађанина добра његова, и права и обавезе, осим чисто личних, по § 394 Г. З. прелазе на наследника, који од тога тренутка постаје сопственик свеколике имовине умрлога и од тада може њоме располагати; да поверилац оставиочев не подноси доказ да се Б. није примио наслеђа, а на њему је, као тужиоцу, та дужност; на против у факту задужења и хипотековања наслеђенога добра од стране Б-ове, као и из тога што је код извршне власти баш то имање одредио за продају, стоји доказ да се делом примио наслеђа; да поверилац оставиочев није имао права залогне на овом имању, па ни после смрти оставиочеве за толико година да није тражио издавања имања оставиочева у смислу тач. 7. чл. 53. ванпарничнога поступка, те је, услед тога, постао наследников поверилац,

¹ По истакнуто питање сасвим је ирелевантно да ли има или нема тестамент, јер кад је реч о наследнику и његовом односу према трећима у принципу, онда је све једно да ли је он на наслеђе позван пољом оставиочевом или самим законом. Горњу констатацију суд чини очевидно само тога ради, да би утврдио да није у спору ко је наследник.

опет само лични какав је био и према оставиоцу, због чега су у наплати пречи хипотекарни повериоци; најпосле, да је навод тужилачке стране, да лични повериоци оставиоци према свима повериоцима наследниковим имају на оставиоцима имању законску залогу, неуместан, јер им то право не даје ниједан законски пропис.

Противно мишљење, које се јавило код виших судова у току овога спора и које је остало у мањини, мотивовано је овако:

„По чл. 23 Правила о поступању у неспорним делима, и старатељски судија и општински судови дужни су да се *по званичној дужности* уверавају о сваком поједином смртном случају грађана земаљских, ради констатовања: да ли је покојник оставио какво имање од вредности, да ли има наследника, као и да ли има тестаментна његовог. Пошто се то сврши, судија за неспорна дела је дужан, *по званичном положају свом, и без ичијег тражења, у свима случајима* (осим кад је заостало имање незнатно — чл. 49 — или презадужено — чл. 50), у смислу чл. 51, 81 и 82 поменутих Правила, *позвати све оне који би полагали право наслеђа* на покојниково имање, а кад се наследници изјасне да ли се наслеђа примају или не, онда је неспорни судија, према наређењу чл. 102 речених Правила, *по званичној дужности, дужан да позове све повериоце покојникове*, да се са својим тражбинама и доказима до извесног рока њему пријаве. У овом случају није тако поступљено..... На тај начин *повериоци нису ни имали прилике да се са својим тражбинама пријаве у масу* пок. Ј. нити да траже т.зв. *separatio bonorum* у смислу тач. 7 чл. 53 неспорних Правила, јер по истом зак. наређењу томе тражењу поверилаца има места само онда, ако би се имање наследника смешало са имањем умрлога, а као што се из аката овога предмета види, *наследник Б. нити је примио наслеђе на управу, нити је имао свога имања засебног, те да би опасност од мешања могла наступити*. Како се, даље, из решења неспорнога¹ судије види, да је

¹ *Неспорни* судија ружно је писати, и ако долази из појмљиве тежње за што краћим називима, јер би се, према томе, овај други судија имао звати *спорним* судијом! Зато увек треба писати и говорити; *судија за неспорна* (или ванпарнична) *дела*, или, ако се хоће краткоћа при чешћем понављању, само: *судија*, што ће бити и најкраће и сасвим довољно, јер се увек претпоставља *надлежни* (законом позвани) судија, а то је судија за ванпарничне ствари.

неспорни судија позвао повериоце покојникове тек кад је имање продато, и како се тада тужилац са својом тражбином пријавио, то, *са обзиром на § 490 Грађ. Законика*, налазимо: да је тужилац пречи са својом тражбином од тужених.“

Овако је, дакле, брањено противно мишљење. Оно се, као што видимо, оснива баш на том веровању да наследник и по нашем праву не може друкче примити наслеђе него *само из руку суда*, да га прибавља тек предајом од стране суда, и да вансудскога прибављања наслеђа не може ни бити, као и на разумевању § 490 Грађ. Зак. да наследник прима само пречишћено посмртно имање, ослобођено од дугова оставиоцима, само чисту активу. Ми смо видели да је схватање аустр. права, на које се већ поодавно свуда гледа као на схватање застарело и погрешно, заступљено још једино у аустр. позитивном праву, и држимо да смо јасно изнели, да је оно нашим Грађ. Закоником сасвим напуштено и одбачено. Али горе изнесено мишљење оснива се, као што видимо, поглавито на прописима нашег ванпарничнога поступка, на име на прописима чл. 23, 51, 81, 82 и 102 Правила о поступању у неспорним (ванпарничним) делима. О томе нам још треба сад нешто рећи.

Пре свега ова Правила нису донесена као *закон* о судском поступку у ванпарничним делима, него их је прописао сам Министар Правде, по овлашћењу које му је дато чл. 7 закона о постављењу судија за ванпарнична дела да „*пропише правила о поступку у ванпарничним делима, док се о том нарочити закон не изда.*“ Министар је то и учинио 25 октобра 1879 год. и, пошто закона ни до данас нема, то су ова правила што и закон, наравно под претпоставком да су у границама данога овлашћења. Тим Правилима Министар, дакле, пре свега, није могао доносити прописе противне прописима материјалнога права, јер би тим прекорачио оним овлашћењем дану му власт да пропише само *поступак* судски у ванпарничним делима, само чисто формално право. Како су прописи о томе *кад* наследник прибавља наслеђе и постаје сопствеником посмртнога имања, и према томе каква је природа тога имања, по природи својој прописи материјалнога права, то их ни Министар, доносећи она Правила, нема сумње, већ по томе није могао мењати. Све што би у тим Правилима било противно прописима који су по природи

својој из области материјалнога права не би имало никакве вредности за судију. И не само то него тим Правилима министровим нити се могао нити се може мењати ма који закон у опште, никоји *законски* пропис. Овлашћење, дато законом о постављању судија за ванпарнична дела, а које је у томе: да Министар „пропише правила о поступку у ванпарничним делима“, садржи у себи једно ограничење које се по себи само разуме: а то је: у колико се, у погледу поступања, не би већ налазили прописи у ком закону. То се види и из самог закона о судијама за ванпарничне послове, где се и нарочито каже, да ће судије радити и по законима парничнога судског поступка. Правилима ни у ком случају не може се мењати закон.¹ Министровим Правилима ако може бити и није јаче и свуда довољно доследно истакнут законски принцип немешања судије у наследну масу све докле и у колико то од њега не би тражило интересовано лице, који је принцип последица оног материјалноправног прописа да је акт прибављања наслеђа свршен у тренутку саме смрти тужиоце, *ipso iure* и без икакве сарадње суда, ипак тим Правилима у истини нигде није као правило постављен ни принцип томе супротан. Шта више, Правилима су побројани случајеви мешања судије у наследну масу по званичној дужности, дакле и без захтева интересованог лица, у јавном интересу, само као изузетци који су већ поменути и у Грађанском Законику као такви. А постављање изузетака казује само собом да је правило немешање судије у наследну масу по званичној дужности. То се са свом сигурношћу може рећи о овим Правилима, при свем том што на изразу њихову, како се из њих самих види, нису остали без утицаја и прописи аустр. права

¹ Имао сам прилике више пута да чујем и противно тврђење неких наших правника, засновано на томе како се чланом 161 Правила само *једном* судији ставља у дужност прављење тестаментa и тиме мења пропис § 440 Г. З., који је за тај посао хтео *двојицу* судија, па да нико у томе није порицао важност чл. 161 Правила. Разлог очевидно нимало уместан. Није ту онај законски пропис измењен Правилима, него је измењен *још пре тих Правила* баш *законом*, наиме законом о постављању судија за ванпарнична дела, по коме се закону сва ванпарнична дела, дакле и она која су дотле свршавана одлукама тројице судија као судске колегије, па према томе и прављење тестаментa од стране двојице судија, предају у надлежност једнога судије за ванпарнична дела, јер прављење и утврђивање тестаментa долази у ванпарничне послове.

о ванпарничноме поступку. Да је Правилима задржан принцип немешања судије по званичној му дужности у наследну масу, као неминовна последица принципа нашега права о времену прибављања наслеђа, то може, чини ми се, увидети и сваки пажљив читалац њихов, а тим пре правник и судија. Противно мишљење, као да је Правилима постављен принцип мешања судије и да се наслеђе не може прибавити без судије, очевидно је погрешно и могло се јавити само као резултат површности у посматрањима.

Тако, пре свега није истина да је судија дужан „*по званичној дужности, и без ичијег тражења*“, по добивеном извештају о смрти (чл. 23 Правила), „*у сваком случају*“, осим кад је имање незнатно или презадужено (чл. 49 и 50), позивати наследнике да се о наслеђу изјасне, а затим, „*тако исто по званичној дужности*“, и све повериоце да му се са потраживањима својим и доказима о томе јаве. Ни сам извештај о смрти, који се по чл. 23 подноси судији од стране општ. суда, не подноси се тако „у сваком случају“. Оставимо на страну то, што се, по гласу овога члана, извештај о смрти не подноси „кад умрли није никаква имања после себе оставио, а не би ни малолетне деце имао,“ па ћемо се задржати само на томе, да се, *опет по гласу члана тога Правила*, извештај о смрти не подноси ни онда: „кад је умрло лице.... у задрузи било,.... само ако има која пунолетна глава, која ће бити кадра да управља задругом.“¹ И онда извештај о смрти *мора се* судији поднети увек *само онда*, кад је по смрти умрлога лица остало малолетне деце, било или не било посмртнога имања, а не би био случај задруге у којој би било бар једне пунолетне и за управу задругом способне главе. Мора се поднети зато што је ту судија позван да се у јавном интересу, дакле по званичној дужности и без ичијег тражења, састара како о личности деце, односно наследника, тако и о управи имањем. Осим тога извештај о смрти треба да се поднесе још и тада, кад је који од случајева

¹ Члан 23 цитиран је овде онако како је гласио од почетка, а то је од 1872 год., па све до пред крај 1911 год., када је скраћен у толико што су отпале обе тачке неподношења извештаја о смрти, очевидно једино у тежњи да би се што јаче осигурала наплата наследне таксе по чл. 24 закона о таксама који је исте, 1911 године донесен, а ни из којих других разлога.

предвиђених у пет тачака чл. 62 Правила. У свима другим случајевима извештај о смрти по чл. 23 подносио се судији, али очевидно само у циљу да га судија има за случај *ако би* наступила потреба судске интервенције по наследној маси, ако би, дакле, она била затражена којим од интересованих лица, јер наведеним чл. 62 каже се: „*Попис имања чиниће се на захтевање лица која по Грађ. Законнику имају права да то траже,*“ и затим у пет тачака побројавају се изузетци где то бива по званичној дужности. И онда у пракси пропис чл. 23, онакав какав је био све до пред крај минуле 1911 год., добио је ово значење: извештај о смрти подносио се само кад умрли после себе остави малолетну децу, а није у задрузи живео и у овој остао бар један пунолетан задругар, случај који је, као изузетак, предвиђен § 487 Грађ. Законика, и још у случајевима чл. 62 Правила, у које је увршћен и пропис § 487 Гр. Зак. *да се суд непозван у пописе имања не меша* и да се попис имања чини на захтев лица која на то по Грађ. Законнику имају права. Зато је и неподношење извештаја о смрти било постало правило, а подношење само изузетак.

А кад овако стоји са подношењем извештаја о смрти и пописом који иде уз тај извештај, још мање може бити како друкче с оним што се назива именом судска расправа посмртне масе: с позивом оних који се за наследнике сматрају да се од њих, пошто докажу право на наслеђе, узме изјава да се примају и како се примају наслеђа, као и оних који, као трећа лица, ма што из посмртног имања потражују, да се од њих, опет по званичној дужности, узима реч о томе шта потражују и да за то поднесу доказе. У узимање изјаве од наследника, у управу посмртним имањем, као и у ликвидовање тражбина оставиочевих поверилаца, судија се не сме упуштати, кад је посмртно имање у рукама пунолетних наследника, ако то од њега не тражи ни једно од интересованих лица, онако исто као што то не сме чинити, без захтева интересованог лица, ни онда кад је посмртно имање у задрузи, па ма био наследник и малолетан, ако има бар једног пунолетног задругара који задругом управља, у ком случају, по изречном пропису тач. 2 чл. 23 Правила, није се подносио чак ни сам извештај о смрти. А подношење извештаја о смрти по том пропису, само по себи, још није ни-

какво мешање суда у расправу наслеђа. Јасно је, дакле, да по смрти оца, на чијем имању остану синови као пунолетни наследници, судија, без захтева интересованог лица, не може предузети никакву радњу која би долазила под појам расправе наслеђа. Прописи чл. 51 и 52 Правила, на које се оно противно мишљење ослања, могу се односити само на напред наведене случајеве у којима се извештај о смрти мора прибавити и приступити расправи наслеђа по службеној дужности. Осим тих случајева, судија, по чл. 55, не сме да се меша у управу имањем ни да предузима расправу наслеђа, него има да чека на захтев интересованих лица, када, наравно, услед таког захтева, долазе опет до примене чл. 51 и 52. Тиме, и што по чл. 62 попис посмртног имања бива само „на захтевање лица која по Грађ. Законнику имају права да то траже“, јасно је, да радње прописане у чл. 51, 81, 82 и 102 бивају само на захтев интересованог лица, а по званичној дужности само у случајима напред казаним.

Да је немешање судије по званичној дужности у расправу посмртне масе правило, казује и чл. 53 Правила, по коме је члану судија дужан ради расправе масе поставити стараоце:... „6) кад повериоци умрлога то затраже, да би могли своје тражбине против масе пријавити, а да не морају чекати на изјаву наследника хоће ли се наслеђа примити; 7) кад повериоци умрлога затраже, да се имање овога одвоји од имања наследника“. Ове би тачке биле сасвим непотребне, кад би у истини стајало то, да судија *увек* „по званичној дужности, и без ичијег тражења“, има да предузме расправу посмртне масе. Што би му онда требао захтев поверилаца о коме је ту реч! Па му онда не би требала ни тачка 5, по којој је дужан поставити стараоце ради расправе масе: „кад се наследник изјасни да неће да прими наследство“. Јер што би он тек тада био дужан то учинити, ако би он заиста увек био дужан, и пре тога, у сваком случају смрти, по „положају своме“, предузети поступање над посмртним имањем.¹

¹ У осталом овај члан 53 редигован је са мало пажње и, због тога, погрешно. Тако, ту се одмах у почетку погрешно каже: „Судија ће по званичној дужности поставити ради расправе масе стараоце имања:“ (сад долази побројавања у седам тачака), место да се каже само: *судија је дужан*. Јер не може се казати да ће судија по званичној дужности,

Према томе и прописи одељка деветога Правила који говоре „о предаји наследства“ односе се само на случајеве образовања масе од стране судије, било по званичној дужности у случајевима где томе има места или на захтев интересованог лица у колико је по таком захтеву маса образована, управо у колико је услед тога захтева посмртно имање било одузето испод права располагања наследниковога. Јер образовање посмртне масе од стране суда само кад је по званичној дужности, или на захтев наследника који се наслеђа прима с ограниченом одговорношћу, обухвата *све* посмртно имање; а кад је на захтев кога од поверилаца оставиочевих, може да се тиче и *само једног дела* посмртнога имања. Предаја посмртнога имања од стране суда наследнику бива само онда и само у толико, кад је и у колико је наследник, и ако је сопственик, ограничен био у праву располагања; а ако тога није било, ни предаја никаква није потребна.

Зато је без смисла онај разлог у показаном противном мишљењу како повериоци, све док судија не предузме ванпарнично поступање над посмртним имањем и не позове их да се са тражбинама јаве, бајаги „немају ни прилике да се с тражбинама својим пријаве у масу оставиочеву, ни да траже сепарацију посмртнога имања у смислу тач. 7 чл. 53 Правила“.¹ За ово они немају да чекају ни на какву више при-

дакле и без тражења интересованог приватнога лица, учинити нешто што му се ставља у дужност *тек услед захтева* поверилаца умрлога наведеним тач. 6 и 7. Тај је члан још погрешан и у тач. 1, где се говори „о будућим наследницима који још нису рођени, а *по тестаменту* имају непосредно право на наследство“, кад то не мора бити наследник само по тестаменту него може бити и наследник *по закону* *реду, интестатски* (§ 43 Грађ. Зак.). Изменама од прошле године остало је и ово непоправљено. Крајње је време да се изради један добар пројекат *закона* о ванпарничном судском поступку.

¹ Овај разлог показује, да његовом аутору није био сасвим јасан појам масе. Очеvidно се мислило, да маса постоји само онда и од онда кад и откад *суд* узме у своје руке расправу посмртне масе. Али је то једно чисто канцелариско поимање које с правом не стоји у вези. Маса је свако посмртно имање, без обзира да ли је пред судом или не, да ли је суд расправља или ко други. Јер расправе посмртног имања управо увек има, само је она двојака: *судска* и *вансудска*. А ова последња и јесте правило, док је она прва само изузетна: по званичној дужности у случајевима законом нарочито предвиђеним или по нарочитом захтеву интересованог лица.

лику осим оне која им је већ дата самом смрћу оставиочевом. Од тренутка те смрти они имају права да траже попис и сепарацију имања оставиочева од имања наследникова, чега је значај, као што смо видели, тај, да се обезбеде од евентуалног сваког акта располагања наследниковог тим имањем, у колико би он био на штету њихову, да спрече сливање посмртног и наследниковог имања у једну имовну масу. Не хтедну ли се користити тим својим правом никако, или се користе али не у време, сносиће последице од тога јер су, неупотребом свога права, вољно допустили наследнику да се користи својим правом располагања, да посмртно имање, као своје, унесе у круг својих властитих имовно-правних одношаја, да га помеша са својим имањем, да изврши т. з. *confusio bonorum*. У том случају оставиочеви повериоци морају респектовати те већ свршене чинове, у колико их још не би могли нападати ни по праву које би им давао § 303 *a* Грађ. Зак., и могу још тражити судско образовање масе, попис или сепарацију, само за онај остатак посмртнога имања који и у колико још не би био увучен сасвим у круг имовноправних одношаја наследникових.

Осим тога, свакојачо више него чудан мора бити онај разлог из противнога мишљења као да опасности од т. з. *confusio bonorum*-а нема нити је може бити, кад наследник и нема никаквог свог имања. Судија мора знати шта је *confusio bonorum* у правном смислу. Без тога не може знати ни за прави смисао установе *separatio bonorum*. Он не сме под речима: сливање или помешај имања разумети само мешање у вулгарном, чисто физичком или хемиском смислу, па резоновати овако: од помешаја може бити опасности, ако је посмртно имање н. пр. какво брашно или уље, а и наследник има свога брашна или уља, па може та два брашна или уља да помеша, те се неће знати шта је сопствениково а шта наследниково, а може бити и поквариће се, али да те опасности нема, ако наследник нема ни брашна ни уља свога, па да опасности ни у ком случају и не може бити, ако наследник никаквог свога имања и нема. Правник мора знати да је наследство за трећа лица која би из њега као повериоци оставиочеви имали што потраживати у опасности баш све већој што наследник који је наследство заузео мање има свога имања, а у највећој баш онда кад ничега свога нема,

јер ће га тим пре уситнити или ће њиме, ако има својих дугова, ликвидовати тражбине својих поверилаца. Имаће нечине само права него и све обавезе некога лица, сва актива и пасива његова, а како има доста лица и само са пасивом, то је близу памети да је у највећој опасности баш оно имаће које допадне у руке таком лицу као наследнику. Код т. з. *confusio bonorum*-а у томе управо и јесте опасност што ће наследник имаће које заузме помешати с пасивом својом, везати за дугове своје. Установа *separatio bonorum* поглавито и постоји за заштиту од те опасности.

Колико је пак нерационалан онај разлог да оставиоци стараоци имају да чекају на судско образовање масе и позив од стране судије по званичној дужности, као на прилику када се тек могу пријавити суду са својим потраживањима, мора увидети и лајик, кад се има у виду да предмети заузетог наслеђа могу бити и какве скупцене *потрошне* ствари, које наследник може н. пр. појести или попити. Врло би се рђаво провели они оставиоци повериоци који би ту (као и онде где наследник, осим дугова, никаквога имања нема) чекали док их судија „по званичној дужности“ позове да се са својим тражбинама пријаве, а не би се старали да сами одмах, или што је могуће скорије по смрти оставиоцевој, или у опште чим им се учини да у својим потраживањима могу бити угрожени наследниковим правом располагања, захтевају код судије издвајање посмртнога имања, него би се заносили веровањем у *немогућност* да се посмртно имаће пре тога поједе или попије и у опште утроши.

Даље, наше законодавство не зна за законску сепарацију, каква се претпоставља наведеним мишљењем. Отуд и пракса код наших судова да се оставиоци повериоци не позивају да се јаве, кад наследник изјави да се прима наслеђа с неограниченом одговорношћу. Само кад наследник, који се никаквом вансудском изјавом није неограничено већ примио наслеђа пред судом, изјави да се наслеђа прима с ограниченом одговорношћу, или да хоће изјаву о наслеђу да учини тек пошто претходно сазна за сва потраживања из посмртнога имања, *само тада* се јавно позивају оставиоци повериоци и сва лица која што из посмртног имања имају потраживати. Али лако је увидети да се то не чини

по „званичној“ дужности и као да се из неког јавног интереса сам суд или држава има да стара за тражбине тих трећих лица, него на захтев наследников да се такав позив учини. Јер, примајући се тако наслеђа са ограничавањем, наследник носи одговорност да, за случај преоптерећења имања дуговима, кад сам измирује оставиоцеве повериоце, ликвидује само она потраживања за која се претходно код судије сагласношћу свих интересованих утврдило да нису спорна или, ако су била спорна, да су то престала бити; даље, да их ликвидује по реду који им је, у погледу првенства наплате, закон одредио, а ако не би наслеђено имаће достизало за потпуно измирење свих потраживања, онда да их измирује сразмерно, како то бива у судском стечајном поступању. Не треба губити из вида, да суд по званичној дужности ни стечајно поступање због презадужености не отвара над посмртним имањем него само по захтеву интересованог лица (тач. 2. § 3. стеч. пост. и чл. 50 и други став чл. 108 Правила). Наследник и интересована трећа лица врло често могу бити сагласни у томе да се посмртно имаће, и ако је презадужено, не предаје стечајном суду. Вансудска ликвидација може по њих да буде много кориснија, у колико се тиме ослобођава посмртно имаће оних врло великих трошкова од поступања код стечајнога суда, који трошкови често поједу скоро сву стечајну имовину.

Потпуности ради још да наведемо, да аустр. право, не допуштајући наследнику да сам заузме наслеђе и наређујући за расправу наслеђа надлежном суду да посмртно имаће узме у своје руке, заиста ставља томе суду у задатак: да по службеној дужности уреди одношаје наслеђа. Али, при свем том, за функције суда по службеној дужности у циљу измирења оставиоцевих поверилаца неће да зна ни аустр. Грађ. Законик. Отуд његов § 811 који гласи: „Суд се о обезбеђењу или измирењу оставиоцевих поверилаца неће више старати него колико они сами захтевају. Али повериоци нису дужни чекати изјаву о примању наслеђа. Они могу своје потраживање против масе поднети и захтевати: да се ради заступања масе постави старалац, према коме они могу своје тражбине доказати“. И онда § 812 који говори о праву ових поверилаца да траже сепарацију имања оставиоцева, ако се боје да би предајом имања наследнику

могли бити оштећени. Без њихова захтева, суд се у том погледу о њима неће старати и они, ако ћуте, тим самим престаће бити оставиоци и постаће наследникови повериоци. Остаје према томе у т. з. расправи посмртне масе главна дужност суда: да утврди смртан случај; да извиди ко је наследник; да од овога узме изјаву о примању наслеђа; да се постара за наплату наследног пореза и трошкова из расправе произашлих. Суду познати, пријављени повериоци добијају масу на чување као стараоци, а после дате изјаве о примању наслеђа може бити старалац и сам наследник. Предаја наслеђа од стране суда наследнику, којим се свршава цела процедура обележена именом „судска расправа наслеђа“, јесте судско признање за наследника онога који је том расправом доказао да је наследник. Повериоци оставиоци, они који су остали у својим потраживањима неизмирени, постају после тога наследникови повериоци, ако у том погледу нису ништа друго тражили, према којима наследник одговара неограничено, ако се овај тако примио наслеђа.

О томе Штубенраух, коментаришући § 797 и 798 аустр. Грађ. Законика, вели: „То је једна особитост аустр. права да прелаз посмртног имања на наследника није остављен овоме као његова приватна ствар него да је тај прелаз предмет државнога старања и судске интервенције. Суд има за сваки смртни случај који се догоди у његовој области да извиди личне и имовне односе умрлога, да објави ако би каквих тестаментних наређења било и да обезбеди посмртно имање печатењем од могућег оштећења (ако нема никаква имања, изрећи ће се да је маса „убоштвом свршена“). Ако је дуговима преоптерећено, а сувише незнатно да би могло покрити трошкове стечајнога поступања, може дати повериоцима место плаћања: т. з. предаја *jure-crediti*. У оба случаја и нема расправе посмртне масе.¹ Ако има довољно посмртнога имања, за ванпарнично поступање надлежан суд отпочеће расправу наследне масе, а ова је расправа поглавито

¹ И стечај се над дуговима преоптерећеним посмртним имањем ни по аустр. праву не отвара по званичној дужности него само на захтев поверилаца, стараоца масе или наследника који је дао изјаву да се условно прима наслеђа, а доказао је своје право на наслеђе — *Krainz, Sistem, II, стр. 691.*

у томе, да наследник пред судом изјави како се наслеђа прима и да му суд, на основи тога, преда наслеђе чим своје право јасно покаже и докаже да је измирио, односно обезбедио, наплату наследних такса и извршио што му је тестаментом у дужност стављено, ако би и тога било. Судска расправа наследне масе има да значи, да се наслеђе прибавља судом (§ 547).¹ Она је битно и неминовно у истраживању ко је наследник и посредовању у наслеђивању. На против, по судску расправу наследне масе није нимало битно ни главно подела наслеђа на више наследника, као ни рачунавање између наследника и оставиоцих поверилаца (ликвидација наслеђа). Шта више, што се тиче поверилаца који би што из посмртног имања потраживали (рачунајући ту и оне с правом не законске делове, као и легетаре), у опште важи баш начело: да се њихови интереси неће узимати у рачун по званичној дужности; одношај према повериоцима само у толико је предмет ове расправе у колико се, с једне стране, повериоцима гарантује заштита да не дођу у опасност услед мешања посмртног имања са имањем наследниковим и, са друге стране, у колико се установом пописа посмртног имања ствара основа наследнику за ограничену одговорност, као и да се учини могућим осигурање наследника јавним позивом поверилаца (т. з. конвокацијом поверилаца, *Aufgebothverfahren*, § 813—815) од потраживања која би могла доцније накнадно искрснути. Тако исто ни подела наслеђа у опште није нужни саставни део судске расправе наследне масе. Код малолетних наследника закон је истина прописао да суд изврши поделу, али се она може учинити и после предаје наслеђа, дакле је изван оквира саме судске расправе наследне масе. Ако су сви наследници

¹ Како се, пак, код нас наслеђе прибавља самом смрћу оставиоцином, и без суда, то судска расправа наследне масе има у нас и сасвим друго значење, а то је: да, као непотребна за сам акт прибављања наслеђа, бива само на захтев интересованог лица, а то је наследника који је тражи да би њоме заштитио своје имање од оставиоцих дугова, или на захтев оставиоцих поверилаца који је траже за заштиту својих потраживања из посмртног имања од наследникових поверилаца. Код нас је судска расправа посмртне масе, као што је већ речено, по правилу приватна ствар оних којих се тиче, а само изузетно бави се њоме суд по званичној дужности.

пунолетни, судске поделе наслеђа биће само тада, кад је захтевају сви који у наслеђу имају удела“.

Кад се, дакле, ни по аустр. праву, по коме наследник може прибавити наслеђе само судском предајом и по коме се расправа посмртне масе тога ради и чини по званичној дужности, оставиочеве повериоци не позивају јавно судом из неког такође по званичној дужности старања за њихово измирење, него се то чини у интересу и на захтев самог наследника који хоће да се прими наслеђа само с ограниченом одговорношћу, онда се и из тога још види како је мало основано напред изложено мишљење, по коме би судија по нашем праву (које, и без икакве по званичној дужности судске расправе да ли је неко наследник, овога за наследника прима по самом закону и признаје му прибављање наслеђа од тренутка његова отварања) имао по званичној дужности јавно да позива све оставиочеве повериоце и да се тако стара о ликвидацији њихових тражбина. Из тога се види још и колико је неосновано оно тврђење како бајаги по нашем праву, на име по § 490 Грађ. Зак., наследник може наслеђе примити само чисто од сваког дуга оставиочевог, што би опет значило примање наслеђа само из руку суда. Такво схватање о ликвидацији оставиочевих дугова, као што смо напред видели, таман одговара оном у Аустрији из XVII и XVIII столећа, које је своју кулминацију достигло у патенту од 1785. год. Оно не одговара ни аустриском Грађ. Законику од 1811 год. који је тамо и сада у снази, а најмање одговара, шта више у директној је супротности са нашим Грађ. Законом.

Посмртно имање увек припада у својину наследнику од тренутка смрти оставиочеве, па дакле и онда кад над њим суд, да се не би мешало с наследниковим властитим имањем, на захтев интересованих лица уреди нарочиту управу, или кад се на захтев самог наследника изврши попис у циљу његове ограничене одговорности. И тада наследник може посмртним имањем располагати као и својим властитим, по принципу: да је на имовноправне одношаје оставиочеве без утицаја сама промена субјекта, учињена доласком наследника на место оставиоца, и да оставиочеве повериоци услед тога постају наследникови, онако исто као што су дотле били оставиочеве. Из практичних разлога само, да не

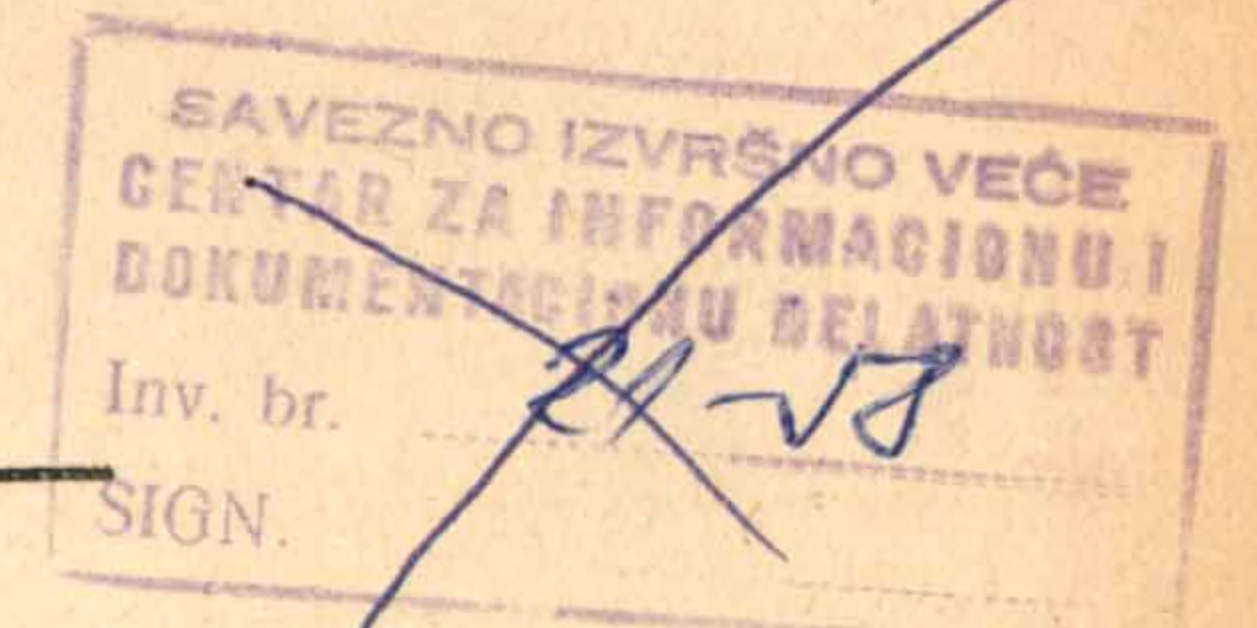
би трећа лица од тога неправедно, без своје кривице, трпела какву штету, тај је принцип законом више или мање само модификован. Те су модификације, како се из напред изложенога види, у овоме:

1) Што оставиочеве повериоци пре наследникове изјаве, судске или вансудске, да се наслеђа прима не могу тужити наследника лично за дуг оставиочев него се морају обраћати за наплату само из посмртног имања, што значи морају тужити „посмртну масу оставиочеву“, и ако је наследник сопственик имања које ту масу чини — тач. 6 чл. 53 Правила;

2) Што наследник има права не примити оставиочеве повериоце за своје и захтевати да они своје право потражују само у границама вредности посмртног имања, у чем је ограничена одговорност наследникова, т. ј. да он одговара за дугове само за онолико колика је вредност посмртног имања, а не и преко тога — § 491 Грађ. Зак.;

3) Што и оставиочеве повериоци тако исто имају право захтевати да се наплаћују из посмртног имања, а да не постану наследникови повериоци — тач. 7 чл. 63 Правила, разуме се само у року који им је за то законом одређен, ако би закон тај рок одређивао, а свакојак у колико већ није извршено сливање посмртног имања са имањем наследниковим, тако да је одвајање сада постало правно немогуће;

4) Што у извесним случајима, законом одређеним, судија из јавног интереса предузима расправу наслеђа — § 487 Грађ. Зак. и чл. 62 Правила.



Inv. br.
39869