

Др Дејан Б. Ђурђевић\*

## ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРЕТХОДНОГ НАСЛЕДНИКА

*Претходни и потоњи наследник могу да се појаве у српском праву када завешталац именује наследника под условом или роком. Сумарна правила српског ЗОН а, која претходног наследника уподобљавају са плодуживаоцем отворила су два кључна проблема, којима је посвећен овај рад. Први се тиче правне природе положаја претходног наследника (да ли он на добрима из заоставштине има плодуживање или временски ограничену својину), а други се односи се на његово право да располаже добрима из заоставштине. Анализирајући различита решења у упоредном праву, као и различита становишта која су дошла до изражаја у домаћој и иностраној теорији и судској пракси, аутор долази до закључка да претходни наследник нема плодуживање на заоставштини, већ да у моменту оставиоачеве смрти наслеђује заоставштину у својину која је временски и садржински ограничена. Када је реч о праву претходног наследника да располаже добрима из заоставштине, аутор сматра да је у интересу како правног промета, тако и претходног и потоњег наследника да будући Грађански законик напусти аустријски систем потпуно ограничене слободе располагања и да се приклони систему либералитета. За систем либералитета карактеристично је што претходни наследник има делимично ограничену слободу располагања, при чему се интереси потоњег наследника преважно штите путем правила о реалној суброгацији. Такав систем омогућује да се у периоду од оставиоачеве смрти до наступања супституционог случаја економски целесходније управља заоставштином, јер претходни наследник може наслеђена добра да размени за неке друге предмете који мање губе на вредности и који су подобни да дају већи приход.*

Кључне речи: *Потоњи наследник (фидеикомисар). Претходни наследник (фидуцијар). Реална суброгација. Супституција. Тестамент (завештање). Фидеикомисарна супституција.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [djurdjevic.pfb@gmail.com](mailto:djurdjevic.pfb@gmail.com). Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

## 1. УВОД

Завешталац може да именује за тестаментарне наследнике два лица која ће сукцесивно наслеђивати, тј. која ће стицати наследничко својство један за другим. Такво тестаментарно располагање назива се фидеикомисарна супституција у ширем смислу.<sup>1</sup> Код оваквог располагања заоставштину у тренутку оставиочеве смрти наслеђује претходни наследник (*фидуцијар*). Када наступи околност предвиђена у тестаменту или законом, која се назива супституциони случај (на пример, оствари се одложни услов), претходни наследник губи наследничко својство, а заоставштину стиче потоњи наследник (*фидеикомисар*).

Код фидеикомисарне супституције спорна су два питања. Прво се односи на њену дозвољеност. Док је у неким државама могућа временски ограничена фидеикомисарна супституција (на пример, Немачка и Аустрија), други правни пореци, међу које се убраја и српско право, дозвољавају само неке њене модалитете.<sup>2</sup> Закон о наслеђивању Србије<sup>3</sup> у чл. 159 предвиђа да је апсолутно ништава одредба у тестаменту којом завешталац именује наследника своме наследнику (*фидеикомисарна супституција у ужем смислу*), као и одредба којом завешталац забрањује своме наследнику да отуђи наслеђена добра (*прећутна фидеикомисарна супституција*). Упркос овим забранама, фидеикомисарни однос (*однос претходни – потоњи наследник*) може настати у српском праву онда када завешталац именује наследника под условом или роком (чл. 119 ЗОН).

Друго питање тиче се правне природе фидеикомисарног односа. Нарочито је споран правни положај претходног наследника. У литератури се за претходног наследника каже да попут античког бога Јануса има два лица.<sup>4</sup> Једно је лице оставиочевог наследника, имаоца добара из заоставштине, господара наслеђене имовине коме је у интересу да из ње оствари максимум користи, а друго је лице „чуvara места“ за потоњег наследника. Интереси претходног и потоњег на-

<sup>1</sup> О појму фидеикомисарне супституције, вид. Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2010<sup>2</sup>, 160 и даље.

<sup>2</sup> О дозвољености фидеикомисарне супституције у српском и упоредном праву, вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Фидеикомисарна супституција у европским правним порецима и српском праву“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције* (ур. Стеван Лилић), књ. 5, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 104 и даље. Нови Закон о наслеђивању Црне Горе, који је донет 2008. године, такође забрањује завештаоцу да у тестаменту именује наследника своме наследнику. Вид. Дејан Б. Ђурђевић, „Актуелна реформа наследног права у Црној Гори“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 272.

<sup>3</sup> *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003, у даљем тексту: ЗОН.

<sup>4</sup> Karlheinz Muscheler, *Erbrecht*, II, Tübingen 2010, 1241.

следника изразито су супротстављени. Док претходном наследнику погодује да има правно неограничен положај, у интересу потоњег наследника је да супстанција и вредност заоставштине остану очувани. Такав антагонизам интереса износи пред правнике деликатан задатак да фидеикомисарни однос уреди на начин који ће омогућити претходном наследнику да оствари из заоставштине што више користи, али да истовремено супстанција и вредност наследне масе остану сачувани за потоњег наследника. Због тога не изненађује констатација да се „питање односа између претходног и потоњег наследника убраја међу најкомпликованија и најтежа“.<sup>5</sup>

Законодавства проблему односа између претходног и потоњег наследника прилазе на различите начине. Док једни прописују детаљна правила о овом питању,<sup>6</sup> други законодавци непотпуно уређују однос претходног и потоњег наследника, тако да су судови принуђени да по аналогiji примењују норме којима су регулисани слични институти, као што је плодуживање.<sup>7</sup>

Српски законодавац није детаљно уредио фидеикомисарни однос. У одељку који је посвећен именовању наследника под условом и роком прописано је да претходном наследнику „припада заоставштина на уживање“ (чл. 125 ЗОН). Комисија Владе Републике Србије која ради на припреми будућег Грађанског законика стоји на становишту да ово правило не треба мењати,<sup>8</sup> иако је у упоредном праву заузет скоро једнодушан став да претходни наследник није исто што и плодуживалац заоставштине.<sup>9</sup> Оваква регулатива фидеикомисарног

<sup>5</sup> У том смислу Alexandra Rumo Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Hrsg. P. Tour, B. Schnyder et al.), Zürich Basel 2009<sup>13</sup>, 694.

<sup>6</sup> Вид. §§ 2100 2146 Немачког грађанског законика (у даљем тексту: *BGB*).

<sup>7</sup> Такав је случај у швајцарском и аустријском праву. За швајцарско право вид. А. Rumo Jungo, 694 и даље. За аустријско право вид. Helmut Koziol, Rudolf Welsch, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, II, Wien 2007<sup>13</sup>, 519.

<sup>8</sup> Вид. Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, *Раd на изради грађанског законика Републике Србије Извештај Комисије са отвореним питањима*, Београд 2007, 139 и даље.

<sup>9</sup> Члан 491 Швајцарског грађанског законика (у даљем тексту: *ZGB*), који носи маргинални наслов „Правни положај претходног наследника“, експлицитно предвиђа да фидуцијар стиче наследство као и сваки други тестаментарни наследник и да он постаје сопственик заоставштине („Er wird Eigentümer der Erbschaft ...“) с обавезом да је пренесе на фидеикомисара. За немачко право, вид. Reiner Frank, *Erbrecht*, München 2003<sup>2</sup>, 118 119, који истиче да између плодуживаоца и фидуцијара постоји извесна „економска сличност“, јер и једном и другом припадају плодови из заоставштине. Али, за разлику од плодуживаоца, фидуцијар поред тога има и ограничено право да располаже добрима из заоставштине. Упор. Hans Brox, *Erbrecht*, Köln Berlin 2003<sup>20</sup>, 211, који каже да „претходни наследник треба да стоји боље од плодуживаоца, јер је он прави наследник“. За аустријско право вид. уместо свих Sandra Fritsch, *Erbrecht. Ein Handbuch für die Praxis* (Hrsg. S. Ferrari, G.

односа у српском праву отвара бројне теоријске и практичне проблеме, који ће бити у средишту овог рада. Први проблем тиче се правне природе положаја претходног наследника: да ли фидуцијар на добрима из заоставштине има плодуживање или временски ограничену својину? Други проблем односи се на право претходног наследника да располаже добрима из заоставштине: која добра из заоставштине и под којим условима фидуцијар може да отуђи или оптерети?

## 2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПРЕТХОДНОГ НАСЛЕДНИКА

### 2.1. Становиште српског права

У српском праву фидеикомисарни однос може настати само онда када завешталац именује наследника под условом или роком. Савезни закон о наслеђивању из 1955. године<sup>10</sup> и Закон о наслеђивању СР Србије из 1974. године<sup>11</sup> предвиђали су да завешталац може у појединим одредбама тестаментa поставити услове или рокове,<sup>12</sup> али нису садржали никаква правила о томе какав је положај наследника који је именован под одложним или раскидним условом, односно роком. Ову празнину теорија и пракса су попуњавале применом општих правила о условима.<sup>13</sup> Наследник постављен под одложним условом стиче заоставштину остварењем услова. Док се услов не оствари, наследник постављен под одложним условом има положај фидеикомисара, док својство фидуцијара имају оставиоचेви законски наследници или лице које је завешталац одредио у тестаменту.<sup>14</sup> Уколико је наследник именован под раскидним условом, он је у моменту оставиочеве смрти постајао претходни наследник, а потоњи наследници били су завештаоचेви законски наследници или лице које би завешталац одредио у тестаменту.<sup>15</sup>

М. Likar Peer), Wien 2007, 217 и даље, која говори да фидуцијар има „временски ограничену својину“ и да се разликује од плодуживаоца. Разлика се огледа између осталог и у томе што плодуживалац има право само на редовне приходе од ствари, док фидуцијару, као сопственику, припадају и ванредни приходи.

<sup>10</sup> *Службени лист ФНРЈ*, 20/1955.

<sup>11</sup> *Службени гласник СРС*, 52/1974.

<sup>12</sup> Вид. чл. 88, ст. 2 Закона о наслеђивању из 1955.

<sup>13</sup> Вид. Борислав Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Београд 1983, 247; Милан Крећ, Ђуро Павић, *Коментар Закона о наслеђивању*, Загреб 1964, 248-249; Славко Марковић, *Наследно право*, Београд 1981, 282-283; Алија Силајџић, *Наследно право*, Сарајево 1964, 198.

<sup>14</sup> Вид. Б. Благојевић, 247; Boris Vizner, *Nasljedno pravo*, Osijek 1967<sup>2</sup>, 355; Nikola Gavella, *Pravni položaj nasljednika*, Zagreb Čakovec 1983, 90; М. Крећ, Ђ. Павић, 253; С. Марковић, 284; А. Силајџић, 198-199.

<sup>15</sup> Вид. Б. Благојевић, 248; В. Vizner, 356; N. Gavella, 90; М. Крећ, Ђ. Павић, 257; А. Силајџић, 199.

Што се тиче правног положаја претходног наследника, већи-на аутора га је уподобљавала са плодуюживаоцем. Благојевић је сматрао да претходни наследници „имају само право уживања заоставштине, а не могу располагати са заоставштином, јер је морају очувати неокрњеном“.<sup>16</sup> Гавела је тврдио да је претходни наследник „власник оставитељевих ствари и носилац оставитељевих права, али је код тога ограничен правом чекања потоњег наследника“.<sup>17</sup> Иако тврди да је фидуцијар сопственик ствари из заоставштине, Гавела даље истиче да су овлашћења претходног наследника „стегнута на она која би имао да је плодуюживалац“.<sup>18</sup> Антић је такође правни положај претходног наследника изједначавао са правним положајем плодуюживаоца: „фидуцијар управља заоставштином, употребљава ствари које улазе у њен састав, прибира плодове, располаже убраним плодовима, али не сме да мења суштину ствари, односно нема право располагања, изузимајући убране плодове, по чему се његов положај разликује од положаја (овлашћења) који има власник“.<sup>19</sup> За разлику од поменутих аутора, Станковић не поистовећује претходног наследника са плодуюживаоцем: „овакав наследник дакле врши права, употребљава ствари, прибира (и коначно присваја) плодове, може да се служи својинским и државинским тужбама; може да предузима и акте располагања, само њихова судбина зависи од тога да ли ће се услов остварити или неће“.<sup>20</sup> Креч и Павић сматрају да претходни наследник има својину на заоставштини која је временски и садржајно ограничена правом потоњег наследника.<sup>21</sup> Ови аутори експлицитно указују на то да фидуцијар има другачији правни положај од плодуюживаоца: „док уживалац не може отуђити, а, у правилу, ни оптеретити ствар коју има на уживању, претходни наследник има и у том погледу одређена овлашћења“.<sup>22</sup> Креч и Павић сматрају да претходном наследнику треба признати право да отуђи или оптерети

<sup>16</sup> Б. Благојевић, 248. У истом смислу: А. Силајдић, 199; С. Марковић, 284, који каже да су претходни наследници: „управитељи заоставштине и имају право редовног управљања и плодуюживања на истој, а не могу је оптеретити или отуђити“.

<sup>17</sup> N. Gavella, 92.

<sup>18</sup> N. Gavella, 92. Овај аутор заправо нигде не наводи у чему се разликују плодуюживалац и претходни наследник. Слично становиште дошло је до изражаја у одлуци Врховног суда Хрватске, Гж 1845/55, где стоји: „Основно је за фидеикомисарну супституцију да је први наслеђеник (фидуцијар) додуше власник наслијеђене имовине, али је то власништво у бити ограничено тако да се власничка права исцрпљују у правима уживаоца“. Одлука објављена код В. Vizner, 353.

<sup>19</sup> Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 1994<sup>1</sup>, 177.

<sup>20</sup> Обрен Станковић, „Модификације правних послова (услов, рок, налог)“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, II, (ур. О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић), Београд 1978, 1080.

<sup>21</sup> М. Креч, Ђ. Павић, 253.

<sup>22</sup> *Ibid*, 253 254.

покретне и непокретне ствари из заоставштине ако је то потребно ради исплате оставиочевих дугова или када то „изискују потребе редовног управљања заоставштином“.<sup>23</sup>

Закон о наслеђивању Србије из 1995. предвидео је сумарна правила о правном положају претходног наследника и том приликом се приклонио схватању које фидуцијара изједначава са плодуюживаоцем. Тако чл. 125, ст. 1 ЗОН предвиђа да, ако је наследник постављен под одложним условом или роком, *заоставштина припада на уживање* оставиочевим законским наследницима ако из завештања не следи што друго. Осим тога, у чл. 128, ст. 1 ЗОН прописано је да кад је наследник постављен под раскидним условом или роком, *он има положај уживаоца заоставштине*. Оваква законодавна регулатива учврстила је схватање да претходни наследник није овлашћен да отуђи добра из заоставштине, осим у случају када је то неопходно ради исплате оставиочевих дугова или извршења легата и налога.<sup>24</sup>

## 2.2. Критички осврт

Решењу српског ЗОН-а, по коме претходном наследнику „заоставштина припада на уживање“ може да се замери то што је страно грађанскоправној догматици.<sup>25</sup> Плодуюживање је *ius in re aliena*<sup>26</sup> и претпоставља да поред плодуюживаоца постоји још један правни субјект – сопственик ствари.<sup>27</sup> Уколико би претходног наследника квалификовали као плодуюживаоца, онда би морало да постоји и лице које би имало тзв. „ голу својину“. Колико је контрадикторна конструкција која фидуцијара поистовећује са плодуюживаоцем најбоље може да покаже системско тумачење чл. 125–127 ЗОН, из којег би произашло да кад је наследник постављен под одложним

<sup>23</sup> *Ibid*, 254–255. Као пример за случај у коме редовно управљање заоставштином изискује оптерећење непокретности из оставинске масе, Креч и Павић на воде стављање наслеђене куће под хипотеку да би добио зајам за њену поправку.

<sup>24</sup> У том смислу: Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 387; Илија Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије*, Београд 1996, 106; Владислав Ђурђевић, *Наследно право*, Ниш 1997, 243–244; Слободан Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању Србије*, Крагујевац 2004, 280–281.

<sup>25</sup> Упор. Egon Weiß, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, III, (Hrsg. Н. Klang), Wien 1952<sup>2</sup>, 407, који држи да у погледу правног положаја претходног наследника плодуюживање не треба да буде обавезујућа конструкција, јер то противречи правном устројству.

<sup>26</sup> Упор. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1996<sup>9</sup>, 216: „Плодуюживање је лична службеност која се састоји из овлашћења употребе и прибирања плодова *са туђе ствари*, без повреде њене суштине“.

<sup>27</sup> Вид. Armin Ehrenzweig, Winfried Kralik, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, IV: *Das Erbrecht*, Wien 1983<sup>3</sup>, 189.

условом, у тренутку оставиоачеве смрти нико не стиче заоставштину у својину (*sic!*). Према ЗОН-у, све док је неизвесно да ли ће се одложни услов остварити (период пенденције), заоставштина припада на уживање претходном наследнику (чл. 125 ЗОН). Претходни наследник стиче заоставштину у својину тек када постане извесно да неће доћи до остварења одложног услова (чл. 127 ЗОН). Што се тиче потоњег наследника, он стиче заоставштину у својину тек када се услов оствари (чл. 126 ЗОН). Изложене формулације ЗОН-а наводе на закључак да у периоду пенденције услова нико није сопственик.<sup>28</sup> Овакав исход противречи принципу *ipso iure* наслеђивања, по коме заоставштина прелази на наследнике у тренутку оставиоачеве смрти (чл. 212 ЗОН), а који има за циљ да обезбеди непрекинути континуитет оставиоачеве грађанскоправне позиције.

Колико је конструкција ЗОН-а спорна са правно-догматског становишта, може најбоље да се уочи када се изврши увид у радове европских правника о српском наследном праву. Тако, за немачког правника Ремберта Зиса остаје нејасно да ли је у српском праву дозвољено тестаментарно располагање у коме би завешталац предвидео да ће до испуњења неког услова једно лице бити претходни наследник, а кад се услов испуни да заоставштина припадне неком другом лицу (потоњем наследнику).<sup>29</sup> Овај аутор због тога констатује да се у случајевима са „српским елементом“ (на пример, српски држављанин саставља нотарски тестамент у Немачкој) треба држати легата плодоуживања као сигурног решења.<sup>30</sup>

Са сличним проблемом суочава се и аустријско право, јер § 613 Аустријског грађанског законика (у даљем тексту: *ABGB*) предвиђа: „До наступања супституционог случаја постављени наследник има ограничено право својине са правима и обавезама плодоуживаоца“.<sup>31</sup> Међутим, већина аустријских правника категорично одбија да ста-

<sup>28</sup> С. Сворцан, 280, покушава да превазиђе овај проблем конструкцијом по којој наступање одложног услова има ретроактивно дејство. Овај аутор тврди: „На следник одређен под одложним условом (ако се прихвати наслеђа) постаје стварно наследник у моменту остварења услова. Али, наступање услова има ретроактивно дејство само у том смислу што ће се сматрати да је он стварни наследник од момента смрти оставиоца, па ће својина на наслеђеним стварима и друга права из заоставштине прећи са оставиоца директно на овог наследника“. Ово схватање се не може прихватити, јер је у директној се супротности са чл. 123, ст. 1 ЗОН који предвиђа да: „остварење одложног услова нема повратно дејство“.

<sup>29</sup> Rembert Süß, *Erbrecht in Europa*, Bonn Basel 2008<sup>2</sup>, 1387.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Формулација § 613 *ABGB*, за коју је констатовано да „није лако разумљива“ (А. Ehrenzweig, W. Kralik, 189) учињена је по узору на Опште земаљско право Пруске са циљем да забрани фидуцијару да располаже добрима из заоставштине. Вид. Peter Apathy, *ABGB Kommentar* (Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger), Wien New York 2005, 494.

ви знак једнакости између фидуцијара и плодоуживаоца.<sup>32</sup> Спорно је само каква је природа ограничене фидуцијарове својине. Према једном схватању, између претходног и потоњег наследника постоји „функционално подељена својина (*funktionell geteiltes Eigentum*)“, тако да фидуцијар може уз сагласност фидеикомисара да располаже правима из заоставштине.<sup>33</sup> Ово схватање је критиковано, јер претпоставља да фидеикомисар мора да постоји и да буде познат већ у моменту оставиочеве смрти.<sup>34</sup> Наиме, доследно спровођење становишта о функционално подељеној својини спречило би да се у пракси искористи једна од добрих страна фидеикомисарне супституције, која се огледа у могућности завештаоца да за потоњег наследника именује лице које није ни зачето у моменту његове смрти.<sup>35</sup> Према другом схватању, претходни наследник има фидуцијарну својину (*Treuhandeigentum*) на заоставштини.<sup>36</sup>

Што се тиче важећег српског права, чини се да судови и правна наука не би смели дословно да интерпретирају чл. 125, ст. 1 ЗОН који уређује правни положај претходног наследника у ситуацији када је завешталац предвидео одложни услов у тестаменту. Приликом тумачења чл. 125, ст. 1 ЗОН, потребно је водити рачуна и о основним принципима на којима почива српско наследно право, а то су начело обавезне универзалне сукцесије и начело *ipso iure* наслеђивања. Према

<sup>32</sup> У том смислу: S. Fritsch, 217; H. Koziol, R. Welsch, II, 519. Вид. А. Ehrenzweig, W. Kralik, 189, где стоји: „Законодавац довољно јасно казује да је фидуцијар прави наследник и сопственик заоставштине и на тај начин затвара пут за тумачење које би хтело да у претходном наследнику види плодоуживаоца, а у потоњем сопственика“. Упор. и Franz Gschnitzer, *Erbrecht*, Wien 1964, 75, који истиче: „Када § 613 претходном наследнику додељује права и обавезе плодоуживаоца, он тиме хоће да каже да претходном наследнику припадају само користи и приноси заоставштине, али не и њена супстанција“. Другачије схватање заступа Martin Meyer, „Grundzüge und Besonderheiten des österreichischen Erbrechts“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 1/1995, 10, који сматра да је фидуцијар плодоужи валац заоставштине.

<sup>33</sup> P. Apathy, 494; S. Fritsch, 217; F. Gschnitzer, 75; H. Koziol, R. Welsch, II, 519.

<sup>34</sup> Вид. А. Ehrenzweig, W. Kralik, 189, који истичу да свака конструкција која хоће потоњем наследнику да призна голу или функционално подељену својину на заоставштини пропада услед тога што уопште не би постојао имаалац својинских овлашћења када се на наслеђе као потоњи наследник позива лице које није зачето у моменту оставиочеве смрти.

<sup>35</sup> Фидеикомисарна супституција омогућава завештаоцу да нешто остави будућим потомцима, тј. потомцима који ће се родити након његове смрти. За разлику од немачког и швајцарског права где је законом изричито предвиђено да потоњи наследник не мора да буде ни рођен нити зачет у моменту оставиочеве смрти (§ 2101 *BGB*; чл. 545 *ZGB*), у Аустрији је оваква могућност била призната дворским декретом из 1845. године (HfD JGS 1845/888). О могућности да будући потомак буде именован за потоњег наследника, вид. Д. Ђурђевић, (2010), 120 122.

<sup>36</sup> А. Ehrenzweig, W. Kralik, 189 190; Georg Graf, *Erbrecht*, Wien 2009, 56.

начелу обавезне универзалне сукцесије, након смрти оставиоца мора да постоји бар један његов наследник, како би се обезбедио континуитет у грађанскоправним односима.<sup>37</sup> *Ipsa iure* наслеђивање значи да заоставштина прелази на оставиоцеве наследнике по сили закона у тренутку његове смрти (чл. 212, ст. 1 ЗОН). Ако би се прихватило да је претходни наследник плодуживалац, онда у тренутку оставиоцеве смрти нико не би постао његов универзални сукцесор, што је у супротности како са начелом обавезне универзалне сукцесије, тако и са принципом *ipsa iure* наслеђивања. У складу са изложеним, може се закључити да је претходни наследник у српском праву временски ограничен наследник. Он у моменту оставиоцеве смрти постаје његов универзални сукцесор, стиче својину на стварима из заоставштине, постаје поверилац оставиоцевим дужницима и ималац других наслеђивању подобних оставиоцевих права. На тај начин претходни наследник обезбеђује континуитет оставиоцевих грађанскоправних односа. Оно по чему се фидуцијар разликује од обичног наследника, јесте то што је његова својина временски ограничена – она се гаси када наступи супституциони случај. Помињање права уживања у чл. 125 ЗОН не треба разумети у смислу да је намера законодавца била да претходног наследника учини плодуживаоцем. Право уживања је поменуто у контексту уређивања фидуцијаровог права да располаже добрима из заоставштине. Законску одредбу „заоставштина припада на уживање“ претходном наследнику, треба разумети у смислу да претходни наследник у тренутку оставиоцеве смрти стиче право својине, при чему је у вршењу тог права ограничен и сме да предузима само оне акте које може да предузме плодуживалац. У прилог оваквом тумачењу може се истаћи нешто блажа формулација из чл. 128, ст. 1 ЗОН: „Кад је наследник постављен под раскидним условом или роком, он има положај уживаоца заоставштине“ (курзив Д. Ђ.). Овде законодавац не каже да претходном наследнику „заоставштина припада на уживање“, већ да има положај уживаоца заоставштине, чиме се потврђује теза да српско право фидуцијара схвата као сопственика, чије је право располагања ограничено само на она овлашћења која има плодуживалац.

### 3. ПРАВО ПРЕТХОДНОГ НАСЛЕДНИКА ДА РАСПОЛАЖЕ ДОБРИМА ИЗ ЗАОСТАВШТИНЕ

#### 3.1. Упоредноправни преглед

У страним правним порецима није на истоветан начин уређено право претходног наследника да располаже добрима из заоставштине. Док једни правни системи (на пример, аустријско право) заузимају

<sup>37</sup> Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2010<sup>2</sup>, 36 37.

према претходном наследнику ригидан став, јер му забрањују да било шта из заоставштине отуђи или оптерети, други правни пореци (на пример, § 2112 *BGB*) уређују правни положај претходног наследника у складу са начелом либералитета (*Prinzip der Liberalität*): фидуцијар може слободно да располаже добрима из заоставштине путем теретних правних послова, осим ако је реч о непокретностима.<sup>38</sup>

### 3.1.1. Систем потпуно ограничене слободе располагања

Систем потпуно ограничене слободе располагања постоји у аустријском праву, које не дозвољава фидуцијару да отуђи и оптерети добро из заоставштине.<sup>39</sup> Изузетно, располагање претходног наследника стварју или правом из заоставштине биће пуноважно када је учињено да би се исплатио завештаочев дуг, извршио легат, испунио налог,<sup>40</sup> или да би се спречило наступање штете (на пример, продаја ствари склоне кварењу).<sup>41</sup> Такође, правни посао којим фидуцијар отуђује или оптерећује добра из заоставштине биће пуноважан ако се са тим сагласи потоњи наследник.<sup>42</sup> Претходни наследник може да слободно располаже редовним и ванредним приходима из заоставштине.<sup>43</sup> Уколико се у заоставштини налазе готов новац или потрошне ствари, фидуцијар је слободан да са њима ради шта хоће, али је дужан да након наступања супституционог случаја надокнади њихову вредност потоњем наследнику.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Учење о начелима правног регулисања фидеикомисарне супституције и о либералитету, као једном од њих, поставио је К. Muscheler, II, 1238. Принцип либералитета дошао је до изражаја и у чл. 896 белгијског Грађанског законика, који забрањује завештаоцу да фидуцијару наметне дужност да заоставштину сачува за фидеикомисара. Међутим, белгијско право дозвољава либералнији модел фидеикомисарне супституције код које је претходни наследник не сме да бесплатно отуђује добра из заоставштине, нити да са њима располаже у тестаменту. Вид. Volker Hustedt, Bernardt Sproten, „Erbrecht in Belgien“, *Erbrecht in Europa* (Hrsg. R. Stüß), Bonn Basel 2008<sup>2</sup>, 324.

<sup>39</sup> P. Apathy, 494; Franz Haunschmidt, 1102; H. Koziol, R. Welser, II, 519-520; Rudolf Welser, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, I, (Hrsg. P. Rummel), Wien 2000<sup>3</sup>, § 613 Rn 6; Wolfgang Zankl, *Erbrecht*, Wien 2008, 54.

<sup>40</sup> P. Apathy, 496; Bernhard Eccher, *Erbrecht*, Wien New York 2002<sup>2</sup>, 67; H. Koziol, R. Welser, II, 520; R. Welser, § 613 Rn 7.

<sup>41</sup> P. Apathy, 496; G. Graf, 56; H. Koziol, R. Welser, II, 520; R. Welser, § 613 Rn 7.

<sup>42</sup> P. Apathy, 494; B. Eccher, 67; F. Gschnitzer, 75; F. Haunschmidt, 1102.

<sup>43</sup> A. Ehrenzweig, W. Kralik, 190.

<sup>44</sup> Овај изузетак од забране располагања има правни основ у аналогној примени § 510 *ABGB*: „Потрошне ствари саме по себи нису предмет употребе и уживања, већ само њихова вредност. Са готовим новцем плодуюживалац може по својој вољи да располаже. Али ако је на употребу и уживање дат већ уложен капитал, онда плодуюживалац може захтевати само камате“. У том смислу A. Ehrenzweig, W. Kralik, 190.

Међу аустријским правницима је спорно какве правне последице наступају када претходни наследник отуђи неку ствар из заоставштине. Полемика се води око тога да ли такво располагање производи стварноправна дејства, тј. да ли фидуцијаров правни следбеник стиче својину на отуђеној ствари. Повод за спор даје § 364с *ABGB* који прописује: „Забрана отуђења или оптерећења неке ствари или стварног права, која је предвиђена уговором или наредбом последње воље, обавезује само првог сопственика, али не и његове наследнике или друге правне следбенике. Она делује против трећих само онда када је заснована између супружника, деце и родитеља, усвојеника и храњеника или њихових супружника и ако је уписана у јавне књиге“. Суштина ове одредбе је што забрана отуђења и оптерећења ствари има облигационоправно дејство.<sup>45</sup> Ако сопственик, чије је право својине ограничено забраном располагања (*Verbotbelastete*), отуђи или оптерети ствар, такво располагање биће пуноважно, а његов правни следбеник стиче стварно право. Сопственик који је упркос постојању забране отуђио ствар, биће у обавези да надокнади штету лицу у чију корист је конституисана забрана располагања (*Verbotberechtigte*). Изузетно, забрана располагања може да има апсолутно дејство само ако је установљена у корист одређених чланова сопственикове породице (супружник, дете итд.) и ако је уписана у јавне књиге. Ако сопственик прекрши такву забрану отуђења и оптерећења, располагање не производи стварноправно дејство, што значи да његов правни следбеник не стиче стварно право.<sup>46</sup>

Према строжем становишту<sup>47</sup> располагања претходног наследника стварима из заоставштине не могу имати стварноправно дејство, тако да фидуцијаров следбеник не стиче стварно право. Забрана располагања добрима из заоставштине има апсолутно дејство и на њу се не примењују ограничења из § 364с *ABGB*. Фидуцијаров правни следбеник може да стекне стварно право само онда када наступи немогућност остварења супституционог случаја, те услед тога фидуцијар постане неограничен наследник.<sup>48</sup> Тако, ако наследник постављен под раскидним условом (на пример, „изгубиће наследство ако падне испит на факултету“) прода ствар из заоставштине у периоду пенденције услова, његов купац стиче својину уколико наступи немогућност остварења услова (тестаментарни наследник дипломи-

<sup>45</sup> Bernhard Eccher, *ABGB Kommentar* (Hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger), Wien New York 2005, 291; Gert Iro, *Sachenrecht*, Wien New York 2002<sup>2</sup>, 61; Helmut Koziol, Rudolf Welsler, Andreas Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, I, Wien 2006<sup>13</sup>, 291 292; Karl Spielbüchler, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, I, (Hrsg. P. Rummel), Wien 2000<sup>3</sup>, § 364с Rn 1 и даље.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> P. Apathy, 495; G. Graf, 56; R. Welsler, § 613 Rn 6.

<sup>48</sup> R. Welsler, § 613 Rn 6.

ра, па више не може да падне на испиту). Заступници строжег становишта не искључују могућност да фидуцијаров правни следбеник стекне стварно право по правилима за стицање од невласника (§ 367 *ABGB*).<sup>49</sup> Присталице либералнијег схватања сматрају да ограничења која завешталац намеће претходном наследнику по правилу не могу имати стварноправна дејства.<sup>50</sup> На фидуцијара се примењује § 364с *ABGB*.<sup>51</sup> Следствено томе, уколико претходни наследник прода неку ствар из заоставштине, купац стиче својину, а потоњи наследник има право да од претходног захтева накнаду штете. Купац не стиче својину само ако својство фидеикомисара има законом одређен члан фидуцијарове породице (супружник, дете, усвојеник, итд.) и ако је у јавне књиге уписано да постоји фидеикомисарна супституција.<sup>52</sup>

У аустријском праву завешталац може да предвиди повољнији положај за претходног наследника тако што ће му дозволити да располаже заоставштином. Таква одредба у тестаменту назива се „фидеикомисарном супституцијом на остатку (*fideikommisarishe Substitution auf den Überrest; fideicommissum eius, quod supererit*)“ или „ослобођеном фидеикомисарном супституцијом (*befreite Vorerbschaft*)“.<sup>53</sup> Код оваквог модалитета фидеикомисарне супституције потоњем наследнику се по наступању супституционог случаја предају само она добра из заоставштине која су преостала иза претходног наследника.<sup>54</sup> Како није у обавези да супстанцију заоставштине сачува за потоњег наследника, фидуцијар је слободан да отуђује и оптерећује права из заоставштине. Штавише, њему је дозвољено да чини и поклоне.<sup>55</sup> Међутим, фидуцијарова слобода располагања није сасвим неограничена. Добрима из заоставштине он не може располагати путем тестаментa.<sup>56</sup> Осим тога, ако претходни наследник злоупотреби своје право располагања (на пример, из обести или злобе уништи или оштети неку ствар, или поклони ствар трећем лицу у намери да тако нашкоди фидеикомисару), потоњи наследник може од њега да захтева накнаду штете.<sup>57</sup> Када је тестамент нејасно формулисан, тако да постоји сумња у погледу тога да ли је одређена обична или ослобођена фидеикомисарна супституција, узео се да је предвиђена ослобођена фидеикомисарна супституција, јер такав модалитет мање

<sup>49</sup> P. Apathy, 495; G. Graf, 56; R. Welser, § 613 Rn 6.

<sup>50</sup> A. Ehrenzweig, W. Kralik, 191.

<sup>51</sup> A. Ehrenzweig, W. Kralik, 191; W. Zankl, 56.

<sup>52</sup> A. Ehrenzweig, W. Kralik, 191.

<sup>53</sup> S. Fritsch, 219; B. Eccher, 68; R. Welser, § 613 Rn 26.

<sup>54</sup> P. Apathy, 496; S. Fritsch, 219; R. Welser, 613 Rn 26.

<sup>55</sup> P. Apathy, 497; B. Eccher, 68; S. Fritsch, 220.

<sup>56</sup> P. Apathy, 497; B. Eccher, 68; G. Graf, 57; R. Welser, § 613 Rn 26.

<sup>57</sup> P. Apathy, 497; B. Eccher, 68; S. Fritsch, 220; G. Graf, 57; R. Welser, § 613 Rn

ограничава право претходног наследника да располаже добрима из заоставштине.<sup>58</sup>

### 3.1.2. Систем резолутивно условљене слободе располагања

Овај систем је прихватило швајцарско право. За њега је карактеристично то што даје претходном наследнику већу могућност располагања добрима из заоставштине. За разлику од аустријског и српског законодавца који експлицитно предвиђају да фидуцијар има правни положај плодуюживаоца, у чл. 491 *ZGB* стоји да претходни наследник стиче наследство као и сваки други постављени наследник, с тим што је његова својина ограничена дужношћу да заоставштину пренесе на потоњег наследника. Ова одредба тумачи се у смислу да претходни наследник у моменту оставиочеве смрти постаје његов универзални сукцесор и заузима његово место грађанскоправном промету (постаје сопственик оставиочевих ствари, одговара за његове дугове, на њега прелазе оставиочева потраживања итд.).<sup>59</sup> Међутим, право претходног наследника је ограничено, јер је у обавези да по наступању супституционог случаја пренесе заоставштину на потоњег наследника. Швајцарски аутори квалификују претходног наследника као „резолутивно условљеног наследника (*resolutiv bedingter Erbe*)“ чија је својина на стварима из заоставштине временски ограничена – она се по сили закона гаси када наступи супституциони случај.<sup>60</sup> Наступањем супституционог случаја, претходни наследник *ex lege* губи својину. Као последица губитка својине за претходног наследника настаје обавеза да ствари из заоставштине, које се у моменту наступања супституционог случаја налазе у његовој државини, преда потоњем наследнику (*Auslieferungspflicht*).<sup>61</sup>

Осим што је предвидео да је својина претходног наследника ограничена, *ZGB* нема посебна правила којима би уредио у којој мери фидуцијар може да отуђи и оптерети добра из заоставштине. Ова празнина попуњава се аналогном применом правила о услову<sup>62</sup> и

<sup>58</sup> Овакво решење проистиче из § 614 *ABGB*, који предвиђа: „Ако је каква супституција нејасно изражена, она ће се тумачити на начин којим се најмање ограничава слобода наследника да располаже својином“.

<sup>59</sup> Balthasar Bessenich, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II (Art. 457 977 ZGB)* (Hrsg. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel Genf 2003<sup>2</sup>, 198 (у даљем тексту: BaKomm/Bessenich); Arnold Escher, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Hrsg. E. Beck et. al.), Band III *Erbrecht*, Abteilung 1: *Die Erben*, Zürich 1959<sup>3</sup>, 317.

<sup>60</sup> A. Rumo Jungo, 694; Stephan Wolf, Isabelle Berger Steiner, „Erbrecht in der Schweiz“, *Erbrecht in Europa* (Hrsg. R. Süß), Bonn Basel 2008<sup>2</sup>, 1344.

<sup>61</sup> Alexander Beck, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Bern 1970, 66; A. Escher, 316; A. Rumo Jungo, 693.

<sup>62</sup> Правила о услову предвиђена су чл. 151 157 швајцарског Законика о облигацијама.

правном положају плодуюживаоца.<sup>63</sup> Претходном наследнику је призната слобода располагања у оној мери која је потребна за економски целисходно управљање заоставштином.<sup>64</sup> За правне послове које претходни наследник предузме у ту сврху (на пример, продаја ствари које су склоне кварењу или губитку вредности) каже се да су „правно постојани (*rechtsbeständig*)“, што значи да их потоњи наследник не може оспоравати по наступању супституционог случаја.<sup>65</sup> Положај потоњег наследника у оваквим ситуацијама заштићен је применом правила о реалној суброгацији (*dingliche Surrogation*): све оно што је стекао отуђењем ствари из заоставштине, претходни наследник је дужан да по наступању супституционог случаја преда потоњем наследнику<sup>66</sup> (на пример, ако фидуцијар предосети да ће пасти вредност наслеђених акција и прода их да би спречио смањење вредности заоставштине, биће дужан да по наступању супституционог случаја исплати фидеикомисару износ који је добио продајом). Уколико у заоставштини има потрошних ствари,<sup>67</sup> претходни наследник може њима неограничено да располаже, али је у обавези да по наступању супституционог случаја потоњем наследнику надокнади вредност које су те ствари имале у моменту оставиоачеве смрти.<sup>68</sup>

Осим послова који су неопходни за економски целисходно управљање заоставштином, претходни наследник може да предузима и друге акте диспонирања наслеђеним добрима, али ти акти нису „правно постојани“.<sup>69</sup> Како је својина претходног наследника резолутивно условљена, а он не може на треће лице да пренесе више права него што сам има, онда и располагања стварима из заоставштине имају резолутивно условљену важност.<sup>70</sup> За случај да претходни наследник отуђи или оптерети неку ствар из заоставштине (а такав акт није неопходан за економски целисходно управљање имо-

<sup>63</sup> BaKomm/Bessenich, 198.

<sup>64</sup> BaKomm/Bessenich, 200; A. Escher, 319; A. Rumo Jungo, 694.

<sup>65</sup> Вид. А. Rumo Jungo, 694. У истом смислу: BaKomm/Bessenich, 200. Су протно А. Beck, 70, који сматра да је за пуноважност правних послова које претходни наследник предузме ради економски целисходног управљања заоставштином неопходна сагласност потоњег наследника.

<sup>66</sup> BaKomm/Bessenich, 201.

<sup>67</sup> У потрошне ствари швајцарски аутори убрајају и готов новац. Вид. Roland Müller, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB)* (Hrsg. Н. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser), Basel Genf 2003<sup>2</sup>, 1433.

<sup>68</sup> Овакво решење проистиче из аналогне примене чл. 772, ст. 1 ZGB, који предвиђа: „На потрошним стварима плодуюживалац стиче својину уколико нешто друго није одређено, с тим што је у обавези да исплати накнаду за вредност које су имале у моменту настанка плодуюживања“, вид. BaKomm/Bessenich, 201; A. Rumo Jungo, 694.

<sup>69</sup> BaKomm/Bessenich, 200; A. Rumo Jungo, 694.

<sup>70</sup> BaKomm/Bessenich, 200; A. Escher, 319-320.

вином), предузет правни посао у моменту наступања супституционог случаја остаје без правног дејства.<sup>71</sup> На пример, ако фидуцијар заложити наслеђене хартије од вредности, заложно право губи правно дејство у тренутку наступања супституционог случаја, што значи да потоњи наследник може од заложног повериоца да захтева предају заложених хартија иако дуг није плаћен. Такође, уколико би претходни наследник путем тестаментна диспонирао добрима из заоставштине, тестаментарно располагање ће производити правно дејство само ако дође до немогућности остварења супституционог случаја. У супротном, фидеикомисар може да оствари своје право подизањем наследне тужбе (*Erbschaftsklage*) против фидуцијарових наследника.<sup>72</sup> Могућност фидеикомисара да по наступању супституционог случаја своје право супротстави фидуцијаровим правним следбеницима, ограничена је правилима о заштити поверења савесног прибавиоца у сигурност правног промета (*Gutgläubensschutzes der Dritten*).<sup>73</sup>

Завешталац може да предвиди у тестаменту да ће потоњем наследнику припасти само оно што преостане иза претходног.<sup>74</sup> Таква модалитет тестаментарног располагања назива се „постављање потоњег наследника за оно што преостане (*Nacherbeneinsetzung auf den Überrest*)“.<sup>75</sup> Када је тестаментом предвиђена таква врста фидеикомисарне супституције, претходни наследник има право да по својом слободном нахођењу отуђује, оптерећује и троши добра из наследне масе.<sup>76</sup> Његова слобода диспонирања правима из заоставштине није резолутивно условљена, тако да наступање супституционог случаја неће тим располагањима одузети правно дејство.<sup>77</sup> Међутим, слобода претходног наследника није сасвим неограничена, јер му чл. 2 *ZGB*<sup>78</sup> забрањује да се понаша противно начелу савесности и поштења и да злоупотребљава своје право.<sup>79</sup> Уколико претходни наследник отуђи неко добро из заоставштине у намери да нашкоди потоњем наследнику, он ће бити дужан да му надокнади причињену штету.<sup>80</sup>

<sup>71</sup> А. Rumo Jungo, 694 695.

<sup>72</sup> ВаКомм/Bessenich, 201; А. Escher, 322.

<sup>73</sup> ВаКомм/Bessenich, 200; А. Escher, 320; А. Rumo Jungo, 695.

<sup>74</sup> Иако овај модалитет фидеикомисарне супституције није изричито предвиђен законом, његова дозвољеност је неспорна, а такође се често среће у пракси. Вид. ВаКомм/Bessenich, 201.

<sup>75</sup> А. Beck, 70; А. Rumo Jungo, 695.

<sup>76</sup> ВаКомм/Bessenich, 202; А. Beck, 70; А. Rumo Jungo, 695.

<sup>77</sup> ВаКомм/Bessenich, 202.

<sup>78</sup> Чл. 2 *ZGB* у ст. 1. предвиђа: „У вршењу својих права и у испуњавању својих дужности свако мора да поступа у складу са савесношћу и поштењем“. У ст. 2 стоји: „Отворена злоупотреба права не ужива правну заштиту“.

<sup>79</sup> ВаКомм/Bessenich, 202.

<sup>80</sup> ВаКомм/Bessenich, 202; А. Beck, 70; А. Rumo Jungo, 695.

### 3.1.3. Систем либералитета

У систему либералитета претходни наследник може да располаже добрима из заоставштине по својој вољи уколико изричитом законском нормом није предвиђено другачије. Принцип либералитета постоји у немачком праву (§ 2112 *BGB*). Предност овог система је што омогућује претходном наследнику да предмете затечене у заоставштини размени за друга добра која доносе веће приходе<sup>81</sup> (на пример, да прода накит из заоставштине, који практично не може да донесе никакав профит и да новац добијен продајом уложи у акције). На тај начин претходни наследник црпи максимум користи из заоставштине, а да при том не умањује њену вредност.

Принцип либералитета омогућује претходном наследнику да предузима правне послове усмерене на модификовање, преношење и гашење права из заоставштине. Фидуцијару је дозвољено да отуђи или оптерети ствар из заоставштине, да уступи (цедира) наслеђено потраживање, да опрости дуг оставиочевим дужницима, да врши преображајна права (на пример, да раскине уговор, да откаже).<sup>82</sup> Правни послови којима је отуђио или оптеретио добра из заоставштине остају пуноважни и по наступању супституционог случаја.<sup>83</sup> Пуноважност фидуцијарових располагања није условљена сагласношћу потоњег наследника.<sup>84</sup> Полази се од тога да у моменту оставиочеве смрти претходни наследник постаје универзални сукцесор, самим тим сопственик свих ствари из заоставштине и ималац свих потраживања која су припадала оставиоцу.<sup>85</sup> Када претходни наследник отуђи неку

<sup>81</sup> K. Muscheler, II, 1241.

<sup>82</sup> Martin Avenarius, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen* (Hrsg. J. v. Staudinger), Berlin 2003<sup>14</sup>, § 2112 Rn 2 (у даљем тексту: Staudinger/Avenarius); Walter Gierl, *Nomoskommentar zum BGB*, V, *Erbrecht* (Hrsg. L. Kroiß, C. Ann, J. Mayer), Baden Baden 2010<sup>3</sup>, 645 (у даљем тексту: NK *BGB*/Gierl); Franz Große Wilde, *Deutscher Erbrechtskommentar* (Hrsg. F. Große Wilde, P. Quart), Köln 2010<sup>2</sup>, 455 (у даљем тексту: DErbK/Große Wilde); Binke Hamdan, Martin Hamdan, *Juris Praxiskommentar BGB*, V, *Erbrecht*, (Hrsg. W. Hau), Saarbrücken 2009<sup>4</sup>, 859 (у даљем тексту: JPK *BGB*/Hamdan); Joachim Kummer, *BGB Kommentar* (Hrsg. H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich), Köln 2009<sup>4</sup> (у даљем тексту: PWW/Kummer).

<sup>83</sup> Manfred Harder, Inge Kroppenber, *Grundzüge des Erbrechts*, Neuwied und Krißel 2002<sup>5</sup>, 159; Staudinger/Avenarius, § 2112 Rn 1.

<sup>84</sup> Wolfgang Grunsky, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IX, *Erbrecht*, (Red. G. Schlichtling), München 2004<sup>4</sup>, § 2112 Rn 1 (у даљем тексту: MünchKomm/Grunsky).

<sup>85</sup> Karsten Heider, „Die Befugnis des Vorerben zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 1/1995, 2; Kurt Herbert Johannsen, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, V, Teil 1, Berlin 1974<sup>12</sup>, § 2112 Rn 1 (у даљем тексту: RGRK/Johannsen); JPK *BGB*/Hamdan, 859; Heinrich Lange, Kurt Kuchinke, *Erbrecht*, München 2001<sup>5</sup>, 581; Wilfried Schlüter,

ствар из заоставштине, његов следбеник прибавља право од сопственика, тако да нема места примени правила о стицању *a non domino*<sup>86</sup> (на пример, лице које је купило покретну ствар од претходног наследника стиче својину иако је знало да је та ствар у режиму фидеикомисарне супституције).

Уколико је иза оставиоца остало трговачко друштво, претходни наследник може да се упише у привредни регистар као једини власник друштва, при чему за то није потребна сагласност потоњег наследника. Фидуцијар је овлашћен да самостално одлучује о вођењу и ликвидацији трговачког друштва. Такође, када се у заоставштини налази удео у друштву капитала, претходни наследник је слободан да тај удео отуђи. Ова правила важе и онда када се у имовини трговачког друштва налазе непокретности.<sup>87</sup> За случај да је оставилац био члан друштва лица, његова смрт повлачи за собом читав низ посебних правила. Немачки трговачки законик (*HGB*) у § 139 предвиђа да наследник члана у друштву лица може захтевати да остане у друштву, али у својству командитора. Овлашћење из § 139 *HGB*, фидуцијар може вршити без сагласности фидеикомисара.<sup>88</sup> Након наступања супституционог случаја, потоњи наследник постаје командитор и не може тражити да добије својство члана који персонално одговара за обавезе друштва.<sup>89</sup>

Интерес потоњег наследника да му се сачува супстанција и вредност наследне масе у немачком праву је заштићен правилима о реалној суброгацији и изричито предвиђеним ограничењима фидуцијарове слободе да располаже добрима из заоставштине. Према правилима о реалној суброгацији (§ 2111 *BGB*) фидуцијар је дужан да фидеикомисару преда: 1) оно што је стекао на основу права које припада заоставштини (на пример, добитак који је донео наслеђени лутријски лоз<sup>90</sup>); 2) накнаду коју је добио за уништење, оштећење

*Erbrecht*, München 2000<sup>14</sup>, 281. За претходног наследника немачки правници говоре да је „господар заоставштине“ (*Herr des Nachlasses*), при чему је та његова позиција временски ограничена, јер траје до наступања супституционог случаја. Вид. Reiner Frank, *Erbrecht*, München 2003<sup>2</sup>, 121.

<sup>86</sup> Carsten Thomas Ebenroth, *Erbrecht*, München 1992, 387; M. Harder, I. Kroppenberg, 160.

<sup>87</sup> DErbK/Große Wilde, 457; JPK *BGB*/Hamdan, 859; MünchKomm/Grunsky, § 2112 Rn 3; Staudinger/Avenarius, § 2112 Rn 22; Rolf Stürner, *Bürgerlichen Gesetzbuch Kommentar* (Hrsg. O. Jauernig), München 2003<sup>10</sup>, 1755 (у даљем тексту: Jauernig/Stürner).

<sup>88</sup> Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда, BGH, II ZR 173/80, 9. III 1981, *Neue Juristische Wochenschrift* 29/1981, 1560.

<sup>89</sup> Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда, BGH, IV ZR 15/76, 25. V 1977, *Neue Juristische Wochenschrift* 34/1977, 1541.

<sup>90</sup> У том смислу К. Muscheler, II, 1244.

или одузимање предмета из заоставштине (*Ersatzsurrogation*); 3) оно што је стекао на основу правног посла којим је располагао добрима из заоставштине (*Mittelsurrogation*). Правила о реалној суброгацији не односе се на плодове.<sup>91</sup> На пример, ако је претходни наследник продао наслеђени накит, а од новца добијеног продајом купио непокретност коју је издао у закуп, у тренутку наступања супституционог случаја непокретност прелази у својину потоњег наследника, а закупнине доспеле до тог момента задржава претходни наследник.

Одређене акте располагања добрима из заоставштине немачко право сматра „посебно опасним“<sup>92</sup> за правни положај фидекомисара и због тога предвиђа да таква располагања у моменту наступања супституционог случаја неће производити правно дејство. Ту се пре свега имају у виду правни послови којима претходни наследник располаже непокретностима из наследне масе, јер су оне, по правилу, најзначајнија добра у заоставштини.<sup>93</sup> Према § 2113, ст. 1 *BGB* располагање претходног наследника непокретношћу из заоставштине биће „неделотворно (*unwirksam*)“ у моменту наступања супституционог случаја, уколико би услед тог располагања право потоњег наследника било осујећено (на пример, отуђење непокретности) или умањено (на пример, у тренутку наступања супституционог случаја постоји терет на непокретности). Под појмом располагање (*Verfügung*) подразумевају се сви правни послови којима се отуђују (на пример, пренос својине на непокретној ствари) или оптерећују непокретности (на пример, заснивање хипотеке), као и правни послови којима се гасе права на непокретностима (на пример, дереликција).<sup>94</sup> Да ли неко фидуцијарово располагање непокретностима осујећује или умањује права потоњег наследника, то се цени

<sup>91</sup> C. T. Ebenroth, 400; Dieter Leipold, *Erbrecht*, Tübingen 2010<sup>18</sup>, 269; Teodor Kipp, Helmut Coing, *Erbrecht*, Tübingen 1990<sup>14</sup>, 287; W. Schlüter, 281.

<sup>92</sup> C. T. Ebenroth, 387; H. Lange, K. Kuchinke, 583; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 1; Oliver Ricken, „Die Verfügungsbefugnis des nicht befreiten Vorerben“, *Archiv für die civilistische Praxis* 3/2002, 471.

<sup>93</sup> У том смислу Martin Avenarius, *Handbuch des Erbrecht* (Hrsg. R. Hausmann, G. Hohloch), Berlin 2010<sup>2</sup>, 992; M. Harder, I. Kroppenber, 160-161; NK *BGB*/Gierl, 649; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 1. Са непокретностима су уподобљени: регистровани бродови, бродоградилница (§ 2113 *BGB*), потраживања обезбеђена хипотеком, земљишни дуг и рентни дуг (§ 2114 *BGB*). Али, ако заоставштину чини удео у наследничкој заједници која је формирана иза смрти завештачевог оставиоца, претходни наследник може слободно да располаже тим уделом и онда када се у заједничкој својини чланова наследничке заједнице налазе непокретности. У том смислу вид. одлука немачког Савезног врховног суда BGH, V ZB 145/06, 15. III 2007, *Neue Juristische Wochenschrift* 29/2007, 2114; Marina Wellenhofer, „Verfügungsbefugnis des Vorerben über Anteil an Erbengemeinschaft“, *Juristische Schulung* 12/2007, 1151-1153.

<sup>94</sup> M. Avenarius (2010<sup>2</sup>), 992; DErbK/Große Wilde, 458; Jauernig/Stürmer, 1756; JPK *BGB*/Hamdan, 863; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 7; Dirk Olzen, *Erbrecht*, Berlin 2009<sup>3</sup>, 121; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 3.

према правним, а не економским критеријумима.<sup>95</sup> На пример, ако фидуцијар размени наслеђену непокретност за другу вреднију непокретност, иако је тај посао економски веома повољан, узима се да је право потоњег наследника осујећено, јер у моменту наступања супституционог случаја у заоставштини није затечена непокретност која је постојала у тренутку оставиочеве смрти.<sup>96</sup> Не сматра се да је право потоњег наследника осујећено или умањено ако је претходни наследник располагао непокретностима да би извршио оставиочеве обавезе (на пример, пренесе својину на кући купцу са којим је оставилац закључио уговор о продаји) или легате.<sup>97</sup>

Потенцијал да угрозе интересе фидеикомисара имају и фидуцијарова добročина располагања добрима из заоставштине, јер обесмишљавају заштиту коју потоњем наследнику пружају правила о реалној суброгацији.<sup>98</sup> Због тога § 2113, ст. 2 *BGB* предвиђа да ће бесплатна располагања претходног наследника добрима из заоставштине бити неделотворна у моменту наступања супституционог случаја, уколико би услед тога право потоњег наследника било осујећено или умањено. За примену овог ограничења фидуцијарове слободе располагања није релевантна природа добра којим се располаже. Ограничење важи и за покретне ствари из заоставштине, наслеђена потраживања, уделе у трговачким друштвима и друга имовинска права.<sup>99</sup> Да ли је неко располагање добročино, то се, према владајућем схватању у немачкој теорији<sup>100</sup> и пракси,<sup>101</sup> процењује

<sup>95</sup> M. Avenarius (2010<sup>2</sup>), 993; H. Brox, 211; C. T. Ebenroth, 388; M. Harder, I. Kroppenber, 160; JPK *BGB*/Hamdan, 864; Ulrich von Lübtow, *Erbrecht*, II, Berlin 1971, 891; Lutz Michalski, *BGB Erbrecht*, Heidelberg 2001<sup>2</sup>, 283; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 7; PWW/Kummer, 2827.

<sup>96</sup> У том смислу: H. Brox, 211; DErbK/Große Wilde, 459; Jauernig/Stürner, 1756; T. Kipp, H. Coing, 292; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 7; PWW/Kummer, 2827; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 4.

<sup>97</sup> Такви правни послови не стварају уштрб за фидеикомисара јер би их и он морао предузети да је постао наследник у моменту оставиочеве смрти. Осим тога, уколико фидуцијар не изврши оставиочеве обавезе и не исплати легате, то ће након наступања супституционог случаја морати да уради фидеикомисар, али под неповољнијим околностима (плаћање затезних камата, трошкова парничног и извршног поступка и сл.), вид. DErbK/Große Wilde, 460; Jauernig/Stürner, 1756; W. Schlüter, 282; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 53.

<sup>98</sup> T. Kipp, H. Coing, 292; U. v. Lübtow, II, 895.

<sup>99</sup> H. Brox, 213; DErbK/Große Wilde, 460; C. T. Ebenroth, 390; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 20; W. Schlüter, 283

<sup>100</sup> H. Brox, 213; DErbK/Große Wilde, 461; C. T. Ebenroth, 391; R. Frank, 124; Jauernig/Stürner, 1756; JPK *BGB*/Hamdan, 865; D. Leipold, 268; U. v. Lübtow, II, 895; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 22; D. Olzen, 122; PWW/Kummer, 2827 2828; W. Schlüter, 283 284; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 62.

<sup>101</sup> Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IVa ZR 147/81, 23. XI 1983, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1984, 366.

према објективно-субјективном критеријуму. Објективни елемент у појму доброчиного располагања огледа се у одсуству еквивалентне накнаде за отуђено или оптерећено право из заоставштине.<sup>102</sup> Субјективни моменат у појму бестеретног располагања постоји онда када фидуцијар није знао и, упркос томе што се понашао са дужном пажњом,<sup>103</sup> није ни могао знати да накнада коју је добио није еквивалентна вредности отуђеног права из заоставштине.<sup>104</sup> За оцену да ли је располагање доброчино релевантан је моменат предузимања правног посла.<sup>105</sup>

Међу немачким ауторима је спорно какве правне последице наступају када фидуцијар предузме располагање које је делом теретно, а делом бесплатно. На пример, фидуцијар свом пријатељу прода наслеђено половно возило за 5.000 евра, иако обојица знају да је његова тржишна вредност 10.000 евра – тзв. мешовит поклон (*gemischte Schenkung*).<sup>106</sup> Према схватању које преовлађује у литера-

<sup>102</sup> Овде је битно да еквивалентна накнада уђе у заоставштину, а не у по себну имовину фидуцијара или трећег лица. Вид. Jauernig/Stürner, 1757; T. Kipp, H. Coing, 292; K. Muscheler, II, 1257; PWW/Kummer, 2828. У складу са тим, бесплатно располагање постоји када фидуцијар ангажовањем добара из заоставштине уговори за себе доживотну ренту. Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IV ZR 24/52, 2. X 1953, *Neue Juristische Wochenschrift* 6/1953, 219.

<sup>103</sup> Приликом оцене да ли је фидуцијар могао знати да накнада коју је добио за отуђење добра из заоставштине није еквивалентна, не узимају се у обзир његове личне особине и пажња коју показује приликом предузимања својих послова, вид. M. Avenarius (2010<sup>2</sup>), 995; JPK *BGB*/Hamdan, 866.

<sup>104</sup> Уколико је претходни наследник учинио бесплатно располагање зато што је погрешно сматрао да не постоји прибавиочева обавеза на извршење противчи нидбе, такво располагање биће неделотворно у моменту наступања супституционог случаја. Нпр, фидуцијар пренесе на прибавиоца својину на скупоченом сату, мислећи да тиме извршава обавезу из легата, при чему тај легат уопште не постоји, вид. U. v. Lübtow, II, 895.

<sup>105</sup> Увођење објективно субјективног критеријума правда се разлозима правне сигурности. Н. Врох, 213, сматра да за оцену да ли је једно располагање доброчино не може бити одлучујући само објективни моменат, јер би у том случају био неделотворан сваки фидуцијаров уговор о преносу својине који је закључен ради испуњења уговора о продаји, уколико је уговорена цена мања од тржишне. У том смислу R. Frank, 123 124. Постоје аутори који критикују објективно субјективну концепцију. Manfred Harder, „Unentgeltliche Verfügungen und ordnungsgemäße Nachlassverwaltung des Vorerben“, *Deutsche Notar Zeitung* 12/1994, 829 и даље, сматра да је за квалификацију једног располагања као бесплатног довољно одсуство адекватне противчинидбе. Такође, M. Löhnig, *Erbrecht*, Köln Berlin 2007, 33, стоји на становишту да субјективни елемент игра улогу само код одговорности претходног наследника за штету, док се ограничавање фидуцијарове слободе располагања може везивати искључиво за објективне моменте.

<sup>106</sup> Пример наведен према С. Т. Ebenroth, 391. Иступање претходног на следника из друштва лица за неадекватну накнаду, немачка судска пракса сматра располагањем које је делом теретно а делом бестеретно. Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, II ZR 44/83, 26. 10. 1983, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1984, 362.

тури<sup>107</sup> и судској пракси,<sup>108</sup> целокупно располагање биће неделотворно. Ово правило важи и за располагања код којих претреже теретни елемент.<sup>109</sup> У наведеном примеру, када наступи супституциони случај, фидеикомисар ће моћи да од фидуцијаровог купца захтева предају аутомобила, с тим што купац може да услови предају возила истовременим враћањем цене коју је за њега платио (*Zug um Zug*). Присталице другог становишта сматрају да у оваквим случајевима купац треба да исплати потоњем наследнику примерену накнаду за бестеретни део располагања.<sup>110</sup>

Фидуцијару је дозвољено да бесплатно располаже добрима из заоставштине када то налажу моралне дужности и правила пристојности која се морају узети у обзир (§ 2113, ст. 2 *BGB*). Таква добротина располагања потоњи наследник не може оспоравати након наступања супституционог случаја. Релевантне су само оне моралне дужности које су настале с обзиром на личност оставиоца и његову заоставштину, а не и оне које се тичу личности претходног наследника.<sup>111</sup> На пример, фидуцијар може на терет заоставштине: да учини поклон особи која је била блиска оставиоцу, да финансијски помогне оставиочево кумче, да да донацију цркви којој је припадао оставилац или институту који проучава болест од које је оставилац умро.<sup>112</sup> Ако претходни наследник намири оставиочевог нужног наследника чије је право на нужни део застарело, такво давање немачка судска пракса третира као бесплатно располагање које налажу моралне дужности.<sup>113</sup>

Да би једно бесплатно располагање било неделотворно, неопходно је да за последицу има осујећење или умањење права потоњег наследника. Код овог ограничења за оцену су релевантни економски, а не правни критеријуми.<sup>114</sup> У једном случају немачки Савезни врховни суд је стао на становиште да потоњи наследник не може оспоравати бесплатно отуђење непокретности која се на-

<sup>107</sup> С. Т. Ebentoth, 391; R. Frank, 124; Jauernig/Stürner, 1757; T. Kipp, H. Coing, 294; D. Leipold, 268; PWW/Kummer, 2827; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 66.

<sup>108</sup> Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IVa ZR 75/83, 10. X 1984, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1985, 382.

<sup>109</sup> R. Frank, 124.

<sup>110</sup> H. Brox, 214;; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 30.

<sup>111</sup> DErbK/Große Wilde, 461; С. Т. Ebenroth, 392; T. Kipp, H. Coing, 294; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 29; NK *BGB*/Gierl, 657 658.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Вид. одлуку немачког Савезног врховног суда BGH, IV ZR 185/72, 4. VII 1973, *Neue Juristische Wochenschrift* 38/1973, 1691.

<sup>114</sup> M. Harder, I. Kroppenberg, 161; Jauernig/Stürner, 1757; JPK *BGB*/Hamdan, 866; U. v. Lübtow, II, 896 897; NK *BGB*/Gierl, 655; PWW/Kummer, 2827; RGRK/Johannsen, § 2113 Rn 32; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 22.

лази у Источној Немачкој, јер је *in concreto* ту непокретност било практично немогуће продати, претходни наследник није могао да је употребљава, тако да од ње није било никакве користи већ је само стварала трошкове.<sup>115</sup> Такође, узима се да право фидеикомисара неће бити умањено услед фидуцијаровог бесплатног располагања учињеног да би се извршила обавеза из уговора о поклону који је закључио оставилац.<sup>116</sup>

За фидуцијарова бесплатна располагања наслеђеним добрима, као и за правне послове којима он отуђује или оптерећује непокретности из заоставштине на уштрб потоњег наследника предвиђена је санкција „апсолутне неделотворности“ (*absoluter Unwirksamkeit*). Апсолутна неделотворност није исто што и апсолутна ништавост.<sup>117</sup> Од момента предузимања па све до наступања супституционог случаја, фидуцијаров правни посао биће пуноважан,<sup>118</sup> јер за разлику од апсолутне ништавости која делује *ex tunc*, апсолутна неделотворност делује *ex nunc*, тј. од наступања супституционог случаја. Опстанак правних дејстава која је произвео фидуцијаров правни посао зависи од тога да ли ће да наступи супституциони случај.<sup>119</sup> Када наступи супституциони случај, правни посао губи правна дејства по сили закона.<sup>120</sup> На пример, ако фидуцијар прода непокретност и пренесе на купца својину, купац може да се укњижи и биће власник непокретности све до наступања супституционог случаја. Када наступи супсти-

<sup>115</sup> BGH, V ZR 243/97, 12. III 1999, *Neue Juristische Wochenschrift* 28/1999, 2037. Вид. и: BGH, IVa ZR 147/81, 23. XI 1983, *Neue Juristische Wochenschrift* 7/1984, 367.

<sup>116</sup> Вид. DErbK/Große Wilde, 460; PWW/Kummer, 2827.

<sup>117</sup> У том смислу, експлицитно MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 9; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 24.

<sup>118</sup> DErbK/Große Wilde, 459; R. Frank, 122; M. Harder, I. Kroppenber, 162; JPK BGG/Hamdan, 868; U. v. Lübtow, II, 896; K. Muscheler, II, 1252; D. Olzen, 121; O. Ricken, 473; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn 23; W. Schlüter, 281.

<sup>119</sup> W. Schlüter, 281, метафорично говори да фидуцијарово располагање не покретностима из заоставштине: „носи у себи клицу будуће неделотворности“. К. Muscheler, II, 1252, сматра да су последице правног посла којим је отуђена непокретност из заоставштине у периоду од његовог предузимања до наступања супституционог случаја, најсличније правном режиму који производи уговор, код којег постоји основ за раскид, у периоду од закључења до давања изјаве о раскиду. Упор. и: PWW/Kummer, 2825, који каже да је реч о „одложено условљеној неделотворности“, јер ако супституциони случај не наступи, фидуцијарово располагање остаје пуноважно.

<sup>120</sup> DErbK/Große Wilde, 459; C. T. Ebenroth, 387; U. v. Lübtow, II, 896; MünchKomm/Grunsky, § 2113 Rn 10. Пошто неделотворност наступа по сили закона, потоњи наследник не мора да подиже преображајну тужбу (*Gestaltungsklage*), као што је на пример, тужба за раскид уговора. Уколико након наступања супституционог случаја постоји спор о томе да ли је располагање неделотворно, потоњи наследник може да подигне тужбу за утврђење (*Feststellungsklage*). Вид. W. Schlüter, 282.

туциони случај, уговор о преносу својине *ex lege* губи правна дејства. Фидеикомисар постаје сопственик непокретности. Он може да захтева исправку уписа у земљишној књизи (*Grundbuchberichtigungsanspruch*) и предају непокретности у државину (*Herausgabeanspruch*).<sup>121</sup> Санкција неделотворности неће наступити ако фидеикомисар одобри фидуцијарова располагања.<sup>122</sup>

Могућност фидеикомисара да своје право супростави фидуцијаровим правним следбеницима ограничена је применом правила о заштити савесних стицалаца (§ 2113, ст. 3 *BGB*). Овде се превасходно имају у виду правила о начелу поуздања у земљишне књиге. Ако је фидуцијар уписан у земљишну књигу као искључиви сопственик непокретности, фидеикомисар неће моћи да супростави своје право према фидуцијаровом правном следбенику уколико је овај био савестан – није му било познато да постоји фидеикомисарни однос (§ 892 *BGB*). Да би обезбедило фидеикомисара и спречило примену правила о заштити савесних стицалаца, немачко право предвиђа да се у земљишну књигу *ex officio* уписује забележба о фидеикомисарној супституцији (*Nacherbevermerk*).<sup>123</sup> У случају да фидуцијар бесплатно отуђи покретну ствар, његов прибавилац може да одбије фидеикомисаров захтев за предају те ствари ако су *in concreto* испуњени услови за стицање од невласника.<sup>124</sup>

*BGB* у § 2136 експлицитно предвиђа могућност да завешталац ослободи претходног наследника (*Befreiung des Vorerben*) од ограничења која се односе на располагања непокретностима и правима која се са њима уподобљавају (регистровани бродови, бродоградилница, потраживања обезбеђена хипотеком итд.).<sup>125</sup> Зако-

<sup>121</sup> Пример наведен код: Н. Brox, 211.

<sup>122</sup> Н. Brox, 212; DErbK/Große Wilde, 460; С. Т. Ebenroth, 387; R. Frank, 123; Jauernig/Stürmer, 1756; JPK *BGB*/Hamdan, 868; Т. Kipp, Н. Coing, 298; Н. Lange, К. Kuchinke, 586; D. Leipold, 268; U. v. Lübtow, II, 891; D. Olzen, 121; PWW/Kummer, 2828; W. Schlüter, 283.

<sup>123</sup> Вид. § 51 немачког Земљишнокњижног закона (*Grundbuchordnung*), који предвиђа: „Приликом уписа претходног наследника истовремено се по службеној дужности уписује право потоњег наследника, а ако је претходни наследник ослобођен од ограничења свог права на располагање, онда и то ослобођење“.

<sup>124</sup> Стицање од невласника регулисано је § 932 *BGB*. Из те одредбе проистиче да ако фидуцијар склопи са прибавиоцем уговор о преносу својине и преда му ствар, прибавилац стиче својину на тој покретној ствари само ако је у моменту стицања својине био савестан. Прибавилац се сматра несавесним ако му је било познато, или му је услед грубе непажње остало непознато, да се ствар налазила у режиму фидеикомисарне супституције.

<sup>125</sup> Ова установа настала је по узору на *Fideicommissum eius quod superfuturum erit*, која је била распрострањена у реципираном римском праву које је важило у Немачкој пре доношења *BGB* а тзв. *Onume право* (*Gemeine Recht*), вид. Т. Kipp, Н. Coing, 314.

нодавац је прописао максималну границу ослобађања претходног наследника. Завештаоцу је забрањено да претходног наследника ослободи од ограничења које се односи на предузимање бестеретних располагања.<sup>126</sup> Иначе, ослобађање претходног наследника врши се у форми располагања за случај смрти (тестамент, уговор о наслеђивању). Није неопходно да одредба о ослобађању буде у истом тестаменту у коме је предвиђена фидеикомисарна супституција.<sup>127</sup> Такође, не тражи се да завешталац у тестаменту употреби израз „ослобађање“. *BGB* у § 2137 предвиђа и одређена интерпретативна правила везана за ослобађање претходног наследника. Тако, ако је завешталац поставио потоњег наследника за оно што преостане од оставиочеве смрти до наступања супституционог случаја, таква одредба се тумачи као ослобађање фидуцијара од свих ограничења од којих по закону може бити ослобођен. На исти начин се тумачи и одредба у тестаменту у којој стоји да фидуцијар може слободно располагати заоставштином. Завешталац може предвидети ослобађање фидуцијара под условом (на пример, да ће моћи да располаже заоставштином ако се нађе у невољи).<sup>128</sup>

### 3.2. Становиште српског права

Полазећи од законског правила по коме претходни наследник има правни положај плодуживаоца, српски аутори сматрају да он нема право да отуђи и оптерети права из заоставштине.<sup>129</sup> Повреда ове забране има за последицу апсолутну ништавост. Уколико би претходни наследник отуђио неку ствар из заоставштине, такав акт не би производио никаква правна дејства према потоњем наследнику. Потоњи наследник би у тренутку наступања супституционог случаја постао власник отуђене ствари и могао би против фидуцијаровог прибавиоца да подигне својинску тужбу (*actio rei vindicatio*).<sup>130</sup> Од забране располагања дозвољени су изузеци: 1) претходни наследник може да отуђи добро из заоставштине да би испунио легат, налог или извршио завештаочеву обавезу;<sup>131</sup> 2) акт располагања пра-

<sup>126</sup> DErbK/Große Wilde, 488; C. T. Ebenroth, 402; R. Frank, 124; M. Harder, I. Kroppenber, 163; T. Kipp, H. Coing, 316; D. Leipold, 270; U. v. Lübtow, II, 902; MünchKomm/Grunsky, § 2136 Rn 9; K. Muscheler, II, 1285.

<sup>127</sup> JPK *BGB*/Hamdan, 927; MünchKomm/Grunsky, § 2136 Rn 2.

<sup>128</sup> Вид. Jörg Mayer, „Der superbefreite Vorerbe? Möglichkeiten und Grenzen der Befreiung des Vorerben“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 1/2000, 3.

<sup>129</sup> С. Сворцан, 281.

<sup>130</sup> О. Антић, З. Балиновац, 387.

<sup>131</sup> И. Бабић, 106.

вом из заоставштине биће дозвољен ако се са њим сагласи потоњи наследник.<sup>132</sup>

### 3.3. Критички осврт

Приликом регулисања односа између претходног и потоњег наследника законодавац мора да одмерава између два супростављена интереса. Претходном наследнику погодује систем у коме би имао већу слободу да располаже заоставштином, јер му се на тај начин омогућава да из наследне масе остварује више користи. Што се тиче потоњег наследника, њему *prima facie* више одговара да фидуцијарова слобода располагања добрима из заоставштине буде потпуно ограничена. Најбоља гаранција да ће супстанција наследне масе бити сачувана до наступања супституционог случаја постоји онда када фидуцијар не сме ниједно добро из заоставштине да отуђи или оптерети.

Код оваквог стања ствари од законодавца се очекује да пронађе компромисно решење, које ће у довољној мери уважити и претходног и потоњег наследника. Чини се да решење коме се приклонило српско право не представља адекватан компромис. Оно не уважава у довољној мери ни интересе претходног, нити интересе потоњег наследника.

У систему који је прихватило српско право, претходни наследник је ограничен на то да из заоставштине црпи само оне користи које му доноси редовна употреба ствари, прибирање плодова и редовних прихода. То његов положај чини изразито неповољним. Ако у заоставштини постоје ствари које за претходног наследника немају употребну вредност и које би се тешко могле издати у закуп да би доносиле цивилне плодове (на пример, мушкарац наследи женски накит), поседовање таквих предмета за фидуцијара ће представљати само терет, а не корист. Због тога је у интересу претходног наследника да му се омогући да таква добра размени за нека друга, која су подобна да му донесу трајније и веће приходе.

Максимално ограничење фидуцијарове слободе располагања може за њега представљати очигледну неправду, јер наступање супституционог случаја не мора увек да буде извесно. Узмимо именоване наследника под раскидним условом. На пример, завешталац за наследника именује лице А и предвиди да ће оно престати да буде наследник ако почне да пуши. Могућност остварења раскидног услова постоји све до смрти тестаментарног наследника. Ако лице А до смрти не запали ниједну цигарету, оно ће у свему испоштовати завештаоца, али од свог наследничког својства неће добити ништа преко редовне употребе наслеђених добара и прибирања плодова.

---

<sup>132</sup> С. Сворцан, 281.

Ограничавање права претходног наследника да располаже добрима из заоставштине противречи и правнополитичким циљевима фидеикомисарне супституције. Овај аргумент је посебно дошао до изражаја приликом доношења *BGB*-а.<sup>133</sup> Први нацрт *BGB*-а (§ 1815 Е I) предвиђао је да се у погледу правног положаја претходног наследника сходно примењују правила о плодуживању. У даљем раду на изради законика одустало се од оваквог предлога. Систем ограничене слободе располагања био би примерен уколико би се пошло од тога да завешталац посеже за фидеикомисарном супституцијом зато што сматра да фидуцијар не поседује довољно способности да правилно управља наследством. Међутим, пракса показује да завешталац прибегава фидеикомисарној супституцији из других побуда – најчешће зато што хоће да фидуцијар буде његов наследник, али из неког разлога не жели да заоставштина припадне фидуцијаровим тестаментарним наследницима. Остварењу таквих правнополитичких циљева више одговара систем у коме фидуцијар има већу могућност да располаже заоставштином.<sup>134</sup>

Када је реч о потоњем наследнику, основно питање састоји се у следећем: да ли је у његовом интересу да му се сачува вредност или супстанција наследне масе? Другим речима, потребно је размислити да ли је за потоњег наследника од посебног значаја да у тренутку наступања супституционог случаја добије све оне ствари које су постојале у тренутку оставиоачеве смрти или да добије имовину неумањене вредности. Очување супстанције није увек могуће нити целисходно за потоњег наследника, јер неке ствари протеком времена нужно пропадају и губе своју вредност. На пример, ако се у заоставштини налази нов аутомобил, чак и да га претходни наследник гаражира и редовно одржава, његова цена ће се протеком времена константно смањивати. Ако од оставиоачеве смрти до наступања супституционог случаја протекне доста времена, аутомобил ће бити сачуван за потоњег наследника, али та ствар неће за њега имати готово никакву ни тржишну нити употребну вредност. Зар и за потоњег наследника не би било боље да је претходни наследник имао могућност да тај аутомобил размени за неко друго имовинско добро, које би своју вредност сачувало до наступања супституционог случаја?

Ограничавање фидуцијарове слободе располагања није у складу ни са економским разлозима.<sup>135</sup> Овде треба указати на један прав-

<sup>133</sup> *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, Berlin 1899, Prot. V 341, S. 91 f, нав. према О. Ricken, 464-465.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> Упор. Н. Lange, К. Kuchinke, 583; К. Heider, 2, који кажу да минимум који захтевају потребе правног промета јесте да се претходном наследнику да могућност да предузима уобичајена располагања. Ово се посебно односи на покретну имовину. Вид. Обрен Станковић, „Ствар“, *Енциклопедија имовинског права и права удру*

но-политички парадокс који постоји у српском законодавству. С једне стране, српско право начелно забрањује фидеикомисарну супституцију и ту забрану образлаже „разумљивим разлогом“, а то је спречавање ограничавања у погледу располагања имовином.<sup>136</sup> С друге стране, оне облике фидеикомисарне супституције које дозвољава (именовање наследника под условом и роком) домаћи законодавац уређује тако што максимално ограничава слободу претходног наследника да располаже добрима из заоставштине.

Имаући у виду изложено, сматрамо да би српски законодавац приликом регулације права фидуцијара да располаже добрима из заоставштине требало да напусти решење које је преузео из аустријског права и да се приклони принципу либералитета. На тај начин би се претходном наследнику омогућило да из заоставштине црпи максимум користи.<sup>137</sup> Интереси потоњег наследника довољно се штите тиме што ће кроз примену правила о реалној суброгацији бити сачувана вредност наследне масе – све оно што фидуцијар добије као накнаду за отуђено добро из заоставштине биће дужан да по наступању супституционог случаја преда фидеикомисару. Целесходно је да се слободи претходног наследника да располаже добрима из заоставштине поставе два ограничења. Прво ограничење тиче се бесплатних располагања. Претходном наследнику треба забранити да бесплатно отуђује или оптерећује предмете из наследне масе, јер се на тај начин обесмишљава заштита потоњег наследника коју му пружају правила о реалној суброгацији. Такође, претходни наследник треба да буде ограничен у погледу права да располаже непокретностима. Такво ограничење, с једне стране, налажу посебни интереси које у погледу непокретности има потоњи наследник, због њиховог економског и психолошког значаја.<sup>138</sup> С друге стране, такво ограничење не би драстично шкодило интересима претходног наследника, јер непокретности имају постојану вредност и подобне су да доносе трајне приходе.

*женог рада* III (ур. О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић), Београд 1978, 182: „Мноштво и разноликост покретних ствари, ограничен век трајања за већину њих, а потрошност за знатан број – све то у условима поделе рада чини да је циркулација покретних ствари масовнија и интензивнија“.

<sup>136</sup> Вид. уместо свих Божидар С. Марковић, *Закон о наслеђивању са објашњењима и напоменама*, Београд 1955, 134; Михаило Константиновић, „Опште на помене уз тезе за претпројект Закона о наслеђивању“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1982, 476.

<sup>137</sup> Упор. „својина се оправдава друштвеном коришћу“, Михаило Константиновић, „Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/1982, 358.

<sup>138</sup> Упор. О. Станковић (1978), 182: „због употребне вредности непокретности и њиховог века трајања, човек се више везује за непокретности“.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Српско право дозвољава неке облике фидеикомисарне супституције. Реч је о случајевима када завешталац именује наследника под условом или роком. Правни положај фидуцијара српски законодавац је уредио на сумаран начин, прописујући да му „заоставштина припада на уживање“ односно да „има положај уживаоца заоставштине“. Оваква регулатива није у складу са начелом *ipso iure* наслеђивања, које представља једно од основних принципа српског наследног права, а које предвиђа да заоставштина по сили закона у тренутку оставиочеве смрти прелази на његове наследнике. Спорне законске одредбе не смеју се дословно интерпретирати, већ их треба разумети у смислу да претходни наследник у моменту оставиочеве смрти стиче наследство у својину, која је ограничена: временски (губи својство наследника у моменту остварења супституционог случаја) и садржински (не може да врши сва својинска овлашћења, већ му припадају само она права која има плодуюживалац).

Када је реч о праву претходног наследника да располаже добрима из заоставштине, српски законодавац се приклонио систему потпуно ограничене слободе располагања који постоји у аустријском праву. Овакав систем тежи да заштити потоњег наследника тако што забрањује претходном наследнику да отуђи или оптерети било које добро из заоставштине. Прихваћено решење има бројне недостатке: ограничава правни промет, обавезује претходног наследника да чува ствари које нису подобне да доносе приходе и тако га спречава да целисходније користи наследство. Интересима претходног и потоњег наследника више одговара прихватање система либералитета, који је детаљно разрађен у Немачком грађанском законнику, а за који је карактеристично да претходном наследнику признаје делимично ограничену слободу располагања добрима из наследне масе, док интересе потоњег наследника штити првенствено путем правила о реалној суброгацији. Прихватање овог система погодује претходном наследнику, јер му омогућава да наслеђена добра размени за нека друга која доносе веће приходе. С друге стране, систем либералитета одговара и интересима потоњег наследника, коме ће више погодовати да добра која протеком времена нужно губе своју тржишну вредност не буду физички сачувана да дочекају тренутак наступања супституционог случаја, већ да се размене за нека друга добра трајније вредности.

Dr. Dejan B. Đurđević

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## LEGAL POSITION OF THE PRECEDING INHERITOR

### *Summary*

Under Serbian law, preceding and subsequent inheritor occur when testator appoints a successor under condition or with time limit. Terse rules of the Serbian *Law on Inheritance* qualify a preceding inheritor as an usufructuary. This opens up at least two questions. Firstly, what is the nature of the preceding inheritor's legal position? Does he have a usufruct of the estate, or a sort of time-limited property rights? Secondly, does he have a right to dispose of the estate? The author starts off with comparative analysis of a number of legislative, doctrinal and judicial outlooks on these issues, and concludes that preceding inheritor may only hold a position of proprietor, limited in time and content. He may not be qualified as an usufructuary. On the occasion of the testator's death, the preceding inheritor succeeds to his estate. His property rights are time-limited and restricted in substance.

When it comes to the preceding inheritor's right to dispose of the inherited goods, it is the author's firm belief that the creators of the future Serbian civil codification should renounce the presently accepted Austrian system of prohibited disposition, and agree to the much more convenient system of liberality. The latter should accelerate legal transactions, and serve more adequately the interests of both the preceding and the subsequent inheritor. The system of liberality allows the preceding inheritor to dispose of the estate without excessive restrictions, while it protects interests of the subsequent inheritor via the rules on real subrogation. It facilitates a more efficient management of the estate in the time between the decease and expiration of the time-limit, or fulfillment of the condition; as the preceding inheritor may trade the inherited goods for other possessions, which may generate more income, or be less prone to losing value.

Key words: *Latter (subsequent) inheritor. – Preceding (prior) inheritor. – Real subrogation. – Substitution. – Last will and testament. – Fideicommissary substitution.*